Die nachträgliche Änderung des Rangverhältnisses zwischen Hypotheken nach dem Bürgerl. Gesetzbuch.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITAT ZU ERLANGEN

Vorgelegt von

Hermann Bolik

aus Ratibor.

...GAD.
...BIBLIOTHEK
...GEL.

Approbiert am 11. Februar 1907.

Berlin

Verlag von R. Trenkel

1907.

Referent: Univ.-Professor Dr. Sehling.

Druck von C. Schulze & Co., G. m. b. H., Gräfenhainichen.

Meinen lieben Eltern

in dankbarer Verehrung gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549813_0137

Literatur.

Achilles, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht. 4. Aufl.

—, Grundbuchordnung. Berlin 1901.

Biermann, Kommentar zum Sachenrecht des BGB. Bd. III. 2. Aufl. München 1903.

Boehm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des BGB. Berlin 1900.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. III. 4. Aufl. Jena 1904.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB.

Dernburg, Pfandrecht. Leipzig 1864.

—, Preußisches Hypothekenrecht. Leipzig 1877—91.

—, Preußisches Privatrecht. 5. Aufl. Berlin 1894—97.

—, Das bürgerliche Recht. Bd. III. 3. Aufl. Halle a. S. 1904.

Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht, in Gruchots Beiträgen zur Erl. des dtsch. Rechts. Bd. 47. Heft 1.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1. 8. u. 9. Aufl. Berlin 1905.

Entscheidungen des RG. Bd. 16 u. 19.

Fischer, Grundbuchordnung. 3. Aufl. (Guttentagsche Sammlung Deutscher Reichsgesetze).

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl.

Förster in „Das Recht“ 6. Jahrgang 1902 u. 7. Jahrgang 1903.

Fuchs, Die preußische Vorrechtseinräumung; im Archiv für bürgerliches Recht von Kohler. Bd. II. S. 7 ff.

—, Grundbuchrecht. Berlin 1899.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit. Abt. A. Bd. 20 u. 21.

Klumpp, Das deutsche Grundbuchrecht. 2. Aufl. Stuttgart 1905.

Krech u. Fischer, Zwangsversteigerungsgesetz (Guttentagsche Sammlung Deutscher Reichsgesetze).
Kuhlenbeck, BGB. 2. Aufl. Berlin 1904.
Küntzel, Zur Lehre von der Vorrechtseinräumung, in Gruchots Beiträgen zur Erl. des dtsch. Rechts. Bd. 26. S. 68 ff.
Maemer, Das Recht der Grundstücke. München 1899.
Motive zum Entwurf eines BGB. Bd. III.
Oberneck, Die preuß. Grundbuchgesetze. 2. Aufl. Berlin 1896.
—, Das Reichsgrundbuchrecht. Bd. I. 3. Aufl. Berlin 1902.
Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag. Marburg. Diss. 1904.
Planck, BGB. Bd. III. 3. Aufl. Berlin 1904.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines BGB. Bd. III.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Bd. 5 u. 7.
Regelsberger, Das bayerische Hypothekenrecht. 3. von Henle bearbeitete Aufl. Leipzig 1871—96.
Römer, Das württembergische Unterpfandsrecht. Leipzig 1877.
Schlayer, im Archiv für zivil. Praxis. Bd. 49. S. 232 ff.
Schöller, Die Vorrechtseinräumung. Düsseldorf 1894.
Siegmann, Das Kgl. sächs. Hypothekenrecht. Leipzig 1875.
Simon, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung, in Leonhards Studien zur Erl. des bürgerlichen Rechts. Heft 20. 1907.
Staudinger-Kober, Kommentar zum BGB. Bd. III. 2. Aufl. München 1905.
Stöver, Ist die Einigung im Sachenrecht des BGB. ein Rechtsgeschäft? Archiv für bürgerl. Recht. Bd. 26. Jahrg. 1905.
Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Rechte an Grundstücken. Berlin 1898.
Strohal, Die Prioritätsabtretung. Graz 1880.
Sydow und Busch, Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. (Guttentagsche Sammlung Deutscher Reichsgesetze.)
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht. 3. Aufl. Paderborn 1906.
Vangerow, Pandekten. 7. Aufl. Marburg 1875.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Dr. Theodor Kipp (2. Aufl. der Neubearbeitung). Frankfurt a. M. 1906.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Geschichtliches. § 1 9

B. Die Rangänderung zwischen Hypotheken nach § 880 BGB. 18

I. Voraussetzungen 18

a) Allgemeines. § 2 18

b) Die Einigung. § 3 23

c) Die Eintragung. § 4 37

d) Die Zustimmung des Grundstückseigentümers und des Drittberechtigten. § 5 50

II. Wirkungen der Rangänderung. § 6 56

III. Wesen der Rangänderung. § 7 81

C. Anhang. Andere Fälle der Änderung des Ranges eines Hypothekengläubigers. § 8 85

§ 1.

A. Geschichtliches.

a) Nach gemeinem Recht war der einer Hypothek zustehende Rang eine von ihr untrennbare Eigenschaft derselben, der eine besondere Veräußerungsfähigkeit nicht zukam. Eine Übertragung desselben ohne das Pfandrecht, welchem er zustand, war daher nicht zulässig.[1]) Andererseits konnte gemäß der streng akzessorischen Auffassung des Pfandrechts auch dieses nicht ohne die Forderung übertragen werden, welche durch dasselbe gesichert war.[2]) Dementsprechend wurde die Vorrechtsabtretung entweder als eine wechselseitige Zession der Hypothekenforderungen, der Prinzipalforderungen und der Pfandrechte, des zurücktretenden und des vortretenden Gläubigers (so Dernburg, Pfandrecht II § 158), oder als Verzicht auf das Pfandrecht selbst gegen gleichzeitige Bestellung eines neuen (so Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I § 247),

[1]) Dernburg, Pfandrecht II § 158, Windscheid, Lehrbuch des Pand.-Rechts I § 247; a. M. Schlayer im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 49 S. 232ff.

[2]) Dernburg a. a. O.; a. M. Vangerow, Pand. III Aum. 2 zu § 574.

oder als rein obligatorisches Geschäft (Windscheid a. a. O.) angesehen.

b) Anders verhielten sich die Landeshypothekengesetze, in denen zumeist die Einräumung des Vorzugsrechts von Hypotheken, und zwar unbeschadet des Hypothekenrechts selbst, ausdrücklich zugelassen war.

So bestimmte das Allgemeine Landrecht I 20 § 497: „Soll (also) durch die Erklärung des Gläubigers eine später eingetragene Post den Vorzug vor der Forderung desselben erhalten, so muß dieses Vorzugsrecht schriftlich eingeräumt und im Hypothekenbuche vermerkt werden,“

und § 498: „Ist der Vermerk unterblieben, so steht die Erklärung des Gläubigers zwar ihm und seinen Erben, nicht aber einem dritten Inhaber der Forderung entgegen,“

ferner § 35 Eig.Erw.Ges.: „Ein voreingetragener Gläubiger kann sein Vorrecht einem nachstehenden einräumen. Die Einräumung des Vorrechts für das Kapital bezieht sich auch auf die Nebenleistungen. Die Vorrechte der Zwischenposten werden hierdurch nicht geändert.“

Fast wörtlich übereinstimmende Vorschriften enthielten die dem Preuß. Eig.Erw.Ges. nachgebildeten Gesetze von Oldenburg, Koburg-Gotha und Braunschweig.

Sachlich übereinstimmende Grundsätze enthielten das bayrische Hypothekengesetz vom 1. 7. 1822 § 62: „Ein Hypothekengläubiger kann unbeschadet seines

Hypothekenrechts den durch frühere Eintragung erworbenen Vorzug einem späteren Gläubiger abtreten, jedoch wird dadurch den anderen Gläubigern an dem bereits erlangten Vorzug nichts entzogen,“

und das württembergische Pfandgesetz Art. 104: „Der durch den früheren Eintrag erworbene Vorzug kann von dem Pfandgläubiger einem später eingetragenen Gläubiger, jedoch unbeschadet der Vorzugsrechte Anderer, abgetreten werden.

Die bloße Abtretung des Vorzugs begründet an sich nicht den Verzicht auf das Unterpfandsrecht, vielmehr rückt der Abtretende auch ohne den ausdrücklichen Vorbehalt in die Stelle desjenigen ein, zu dessen Gunsten er sich seines Vorzugs begeben hat.“

Während alle diese Gesetze, abgesehen von den durch das Eig.Erw.Ges. ersetzten Vorschriften des Allg. Landrechts, die Eintragung der Vorzugseinräumung zwar zuließen, sie aber nicht für notwendig erklärten, wurde sie zu ihrer Wirksamkeit gegen Dritte erfordert vom sächsischen GB., dessen § 40 lautete:

„Das Vorrecht einer eingetragenen Forderung nach dem Alter kann auch ohne die Forderung abgetreten werden, dies erfordert jedoch zur Wirksamkeit gegen Dritte die Eintragung in das Hypothekenbuch. Die betreffenden Gläubiger wechseln ihre Stellen rücksichtlich der Summen, für welche das Vorrecht abgetreten ist, unbeschadet der Rechte anderer Gläubiger.“

In gleicher Weise wurde vom hessischen Pfandgesetz Art. 101, vom Anhalter Grundbuchgesetz § 20 und

vom Rudolstädter Hypothekengesetz § 40 die Eintragung für erforderlich erklärt. Durch das Anhalter Grundbuchgesetz wurde außerdem die Zustimmung des Eigentümers vorgeschrieben.

Nach mecklenburgischem Grundbuch- und Hypothekenrecht war die Änderung der Rangordnung dem Eintragungsprinzip unterworfen und nur auf Antrag des Eigentümers gestattet.

War so auch von den meisten Hypothekengesetzen die Vorrechtseinräumung für zulässig erklärt, so waren doch bei dem Mangel näherer gesetzlicher Vorschriften ihre rechtliche Natur und ihre Wirkungen sehr bestritten.[1]) Die verschiedenen Theorien lassen sich in drei Hauptgruppen zusammenfassen:[2])

1. Die Einen vertraten die Auffassung, daß die Vorrechtseinräumung oder Prioritätszession zwischen dem Zedenten und dem Zessionar lediglich obligatorische Wirkungen hervorrufe und daß diese Verpflichtung durch die Eintragung in das Grundbuch für den dritten Inhaber der Forderung bindend, also eine Art obligatio in rem scripta, werde. Dies war insbesondere die herrschende Ansicht der preußischen Praxis (vgl. Entsch.

[1]) Aus der sehr zahlreich erschienenen Literatur sind besonders hervorzuheben: Strohal, Die Lehre von der Prioritätsabtretung, Graz 1880; Faris, Die Prioritätsabtretung, Berlin 1883; Schöller, Die Vorrechtseinräumung, Düsseldorf 1894; Küntzel, Zur Lehre von der Vorrechtseinräumung, in Gruchots Beitr. z. Erl. des dtsch. Rechts Bd. 26 S. 68ff.; Fuchs, Die preuß. Vorrechtseinräumung, im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 2 S. 7ff.

[2]) Vgl. über die verschiedenen Theorien insbesondere Fuchs im Archiv f. bürgerl. Recht a. a. O.

des RG. Bd. 16 S. 249 und Bd. 19 S. 345), ferner wurde sie von Paris[1]) verteidigt. Über den Inhalt der Obligation gingen freilich die Meinungen wieder weit auseinander. Während das RG. (vgl. die oben erwähnte Entsch. in Bd. 16) den Inhalt derselben dahin bestimmte, daß „bei einer Kollision beider Pfandrechte der Zurücktretende den Vorrang seiner Hypothek nicht geltend machen darf, daß also die Schranke, welche das Pfandrecht des Zurücktretenden für die Ausübung desjenigen des Vortretenden bildete, fortfällt, und daß der Vortretende befugt wird, sein an sich gültig bleibendes Pfandrecht an der Stelle des Zurücktretenden geltend zu machen", bestand nach einer anderen Ansicht (so Paris a. a. O.) die Rechtswirkung der Prioritätszession darin, daß der Prioritätszedent bei der Subhastation des Grundstücks sein Pfandrecht zugunsten des Prioritätszessionars geltend machen und den auf seine Forderung fallenden Teil der Kaufgeldermasse dem Zessionar oder dessen Rechtsnachfolger so weit überweisen sollte, als es zur Deckung des Ausfalls deren Forderung erforderlich ist.

2. Die zweite Gruppe, deren Hauptvertreter Regelsberger[2]) und Römer[3]) sind, hielt die Prioritätszession für ein von vornherein, d. h. vom Vertragsabschluß an mit dinglicher Wirkung ausgestattetes Geschäft, das durch die Eintragung nur Publizität er-

---

[1]) Paris, Die Prioritätsabtretung.

[2]) Regelsberger, Das Bayr. Hyp.-Recht § 91.

[3]) Römer, Württemberg. Unterpfandsrecht § 52.

lange und das nahe Verwandtschaft mit einem Afterpfandrecht habe. Bezüglich der genaueren Bestimmung des Vertragsinhalts stimmen aber auch diese beiden Schriftsteller nicht überein.

Regelsberger[1]) unterscheidet zwischen der Vorzugsabtretung zugunsten eines unmittelbaren Nachmannes und der zugunsten eines nicht unmittelbaren Nachmannes und hält im ersteren Falle die Rangabtretung für einen wahren Stellentausch, im letzteren Falle für ein Geschäft mit der Wirkung, daß „der vortretende Gläubiger bei der Verteilung des Erlöses aus dem Unterpfand diejenige Summe, welche auf die abgetretene Stelle entfällt, zur Befriedigung für seine Hypothekenforderung in Anspruch nehmen kann".

Römer[2]) macht diese Unterscheidung nicht, sondern läßt in beiden Fällen gleiche Wirkungen eintreten und bezeichnet den Vertrag genauer als eine Abtretung des Anspruchs des Gläubigers aus dem Pfandrecht, eine Zession der actio hypothecaria.

Zu den Verteidigern der von vornherein dinglichen Wirkung der Vorrechtseinräumung ist auch Schöller[3]) zu rechnen, der in der Vorrechtseinräumung einen einseitigen dinglichen Vertrag erblickt, „inhaltlich dessen ein voreingetragener Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger zugunsten eines nacheingetragenen ebensolchen Gläubigers auf seine bevorrechtigte Rang-

---

[1]) R. a. a. O. S. 448.

[2]) Römer a. a. O. S. 239ff.

[3]) Schöller, Vorrechtseinräumung, insbesondere S. 83.

stellung verzichtet, und welcher zu seiner Wirksamkeit gegen gutgläubige dritte der Eintragung ins Grundbuch bedarf", und dessen Wirkung dahin bestimmt, daß er bei unmittelbar hintereinander folgenden Posten „einen vollkommenen Rangwechsel und das Entstehen einer neuen Rangordnung", bei dem Vorhandensein von Zwischenhypothekaren aber ein relatives Rangverhältnis hervorbringt, „demzufolge der Prioritätszessionar ein durch den Betrag der zurückgetretenen Post begrenztes und durch den Wegfall derselben resolutiv bedingtes Vorrecht vor den Zwischenposten erlangt und der Prioritätszedent, solange die vorgetretene Post besteht, hinter diese und, soweit erforderlich, auch hinter die Zwischenposten im Range zurücktritt".[1])

3. Die dritte Gruppe, zu der Strohal und Dernburg gehören, unterschied zwischen der nicht eingetragenen und der eingetragenen Vorrechtseinräumung und hielt sie im ersteren Falle für ein Geschäft mit nur obligatorischer, im letzteren für ein solches mit dinglicher Kraft. Für die Fälle der ersteren Art entstanden die oben unter Ziff. 1 erwähnten Streitfragen. Hinsichtlich der eingetragenen Vorzugsabtretung herrschte wiederum Streit darüber, wie sich die dingliche Kraft derselben äußere. Abgesehen von den unter Ziff. 2 erwähnten Meinungen vertraten auch die zu Anfang dieser Ziffer erwähnten Schriftsteller voneinander abweichende Ansichten.

---

[1]) Schöller a. a. O. S. 83 f.

Strohal, dessen Abhandlung hauptsächlich für das österreichische Recht in Betracht kommt, faßt die dinglich wirkende Prioritätsabtretung als eine wahre Rechtsübertragung auf, „zwar nicht als eine Übertragung des dem Prioritätszedenten zustehenden hypothekarischen Rechts selbst, wohl aber als eine Übertragung des Ranges der Hypothek des Prioritätszedenten".[1])

Nach der Ansicht Dernburgs[2]) dagegen stellt die eingetragene Vorrechtseinräumung einen Wechsel der Stellen im Grundbuch selbst, einen wahren Stellentausch dar, der jedoch dadurch auflösend bedingt ist, daß die Post des Prioritätszessionars nicht gelöscht oder, falls sie eine Kautionshypothek ist, nicht gegenstandslos wird.

Außer diesen Streitfragen herrschte Uneinigkeit über die Stellung des Eigentümers und des persönlichen Schuldners.

c) Das BGB. hat, indem es der letzterwähnten sog. absoluten Theorie sich anschloß, die Vorrechtseinräumung zu einer wirklichen Rangänderung erhoben.

Der erste Entwurf forderte hierzu aus der Erwägung heraus, daß eine mit dinglicher Wirkung gegen jedermann ausgestattete Rangänderung zugleich die Rechtsstellung des Eigentümers und auch die der Zwischenberechtigten verändere, in § 841 einen Ver-

[1]) Strohal, Die Prioritätsabtretung S. 74.

[2]) Dernburg, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts I § 334, Dtsch. Hypothekenrecht Abt. II § 38, insbesondere S. 278 ff.

trag zwischen dem Grundstückseigentümer und denjenigen Berechtigten, für deren Rechte der Rang geändert werden soll, sowie den Zwischenberechtigten. Im zweiten Entwurf wurde jedoch die Mitwirkung der Zwischenberechtigten als Erfordernis als unpraktisch, weil zu schwer erreichbar, wieder fallen gelassen und die Mitwirkung des Eigentümers mit der Begründung, daß dadurch sein Interesse hinreichend gewahrt sei, auf die bloße Zustimmung zu dem Vertrage zwischen den Gläubigern der zurücktretenden und der vortretenden Post im Falle des Zurücktretens einer Hypothek beschränkt. In dieser Fassung (§ 801 des zweiten Entwurfs) wurde die Rangänderung unter § 880 zum Gesetz erhoben. Dieser lautet:

„Das Rangverhältnis kann nachträglich geändert werden.

Zu der Rangänderung ist die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten und die Eintragung der Änderung in das Grundbuch erforderlich; die Vorschriften des § 873 Abs. 2 und des § 878 finden Anwendung. Soll eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld zurücktreten, so ist außerdem die Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder einem der Beteiligten gegenüber zu erklären; sie ist unwiderruflich.

Ist das zurücktretende Recht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften des § 876 entsprechende Anwendung.

Der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang geht nicht dadurch verloren, daß das zurücktretende Recht durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird.

Rechte, die den Rang zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte haben, werden durch die Rangänderung nicht berührt."

Das BGB. beschränkt übrigens die Rangänderung nicht auf Hypotheken und Grundschulden, sondern läßt sie, was bisher streitig war, bei allen dinglichen Rechten an Grundstücken zu. Wenn im folgenden nur von der Rangänderung bei Hypotheken die Rede ist, so rechtfertigt sich dies aus der Erwägung, daß sie bei diesen am häufigsten vorkommen dürfte und am wichtigsten ist.

B. Die Rangänderung zwischen Hypotheken nach § 880 BGB.

I. Voraussetzungen.

§ 2.

Allgemeines.

Die Rangänderung des § 880 BGB. findet, wie aus der Ausdrucksweise des Gesetzes, daß das Rangverhältnis nachträglich geändert werden kann, und dem Erfordernisse der Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten sich ergibt, grundsätzlich nur unter eingetragenen Rechten oder höchstens auch

dann statt, wenn die Hypothek, welche vortreten soll, zugleich mit der Eintragung der Rangänderung eingetragen werden soll. Doch gilt dies nur für die Wirksamkeit der Rangänderung. Eine Eintragung wegen derselben kann bei demjenigen Rechte, dessen Inhaber zurücktreten will, auf Grund grundbuchmäßiger Bewilligung und eines Antrages des zurücktretenden Gläubigers mit Zustimmung des Grundstückseigentümers schon dann erfolgen, wenn die Hypothek, welche vortreten soll, noch nicht bestellt ist (vgl. Jahrbuch für Entsch. des KG. Bd. 21 S. A. 306). Dagegen ist die bereits erfolgte Eintragung der zurücktretenden Post stets Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 880. Soll eine Hypothek, die erst bestellt werden soll, hinter eine andere, gleichzeitig oder später zu bestellende, im Range zurücktreten, so geschieht dies entweder durch eine entsprechende Vereinbarung der Beteiligten gemäß § 879 Abs. 3 BGB. oder durch Rangvorbehalt des Eigentümers gemäß § 881 BGB.

Einer eingetragenen Hypothek muß hinsichtlich der Rangänderung eine Vormerkung der Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek gleichgestellt werden. Denn nach § 883 Abs. 3 BGB. bestimmt sich der Rang der Hypothek, auf deren Einräumung der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch gerichtet ist, nach der Eintragung der Vormerkung. Insoweit wirkt die Hypothekenvormerkung also gleich einer endgültig eingetragenen Hypothek. Da hiernach die Vormerkung, wenn sie auch kein

dingliches Recht ist, doch einem solchen im Punkte des Ranges gleichsteht, so muß gefolgert werden, daß auch der Rang der durch sie gesicherten Hypothek unter entsprechender Anwendung des § 880 BGB. geändert werden kann (vgl. Jahrb. für Entsch. des KG. Bd. 22 S. A. 311). Die Rangänderung erfolgt in diesem Falle unter der aufschiebenden Bedingung, daß die Vormerkung in die Hypothek, auf deren Einräumung der durch sie gesicherte Anspruch gerichtet ist, umgeschrieben wird.

Die Rangänderung setzt ferner voraus, daß die Hypotheken, deren Rang geändert werden soll, rechtsbeständig sind. Ist eine der beiden Hypotheken nichtig, so ist auch die Rangänderung nichtig. Denn so wenig einem nichtigen Rechte wirksam ein Vorrecht eingeräumt werden kann, ebensowenig kann eine Rangänderung wirksam werden, wenn die zurücktretende Post nicht besteht. Die Frage nach der Anwendbarkeit der Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens ist bei der Betrachtung der Wirkung der Rangänderung zu erledigen, da sie mit dieser zusammenhängt.

Die besonderen Erfordernisse, die das BGB. im § 880 für die Rangänderung zwischen Hypotheken aufstellt, sind: Einigung zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Berechtigten und Eintragung, ferner Zustimmung des Grundstückseigentümers und, wenn die zurücktretende Hypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, auch die Zustimmung dieses Dritten.

Nicht erforderlich ist dagegen die Zustimmung des persönlichen Schuldners, der nicht Eigentümer des Grundstücks ist, obwohl auch auf ihn, wenn er den Gläubiger befriedigt, die Post übergehen kann (§ 1164 BGB.). Sein Interesse ist indessen durch die Vorschrift des § 1165 BGB. gewahrt, daß er insoweit frei wird, als er ohne die Vorrechtseinräumung nach § 1164 BGB. aus der Hypothek hätte Ersatz verlangen können. Ebensowenig wird die Zustimmung von Zwischenberechtigten verlangt. Ihr Rechte dürfen daher auch durch die Rangänderung nicht berührt werden (§ 880 Abs. 5). Soll die Wirkung der letzteren sich auch auf die Zwischenrechte erstrecken, so bedarf es hierzu eines besonderen Vertrages zwischen denjenigen Hypothekaren, für deren Rechte der Rang geändert werden soll, und den Zwischenberechtigten unter Zustimmung des Eigentümers.[1])

Hierbei wirft sich auch die Frage auf, ob eine zweite Vorrangseinräumung an die Zustimmung des durch die erste vorgerückten Hypothekars gebunden ist oder nicht. Die Antwort auf dieselbe wird wegen des Zusammenhanges mit den Wirkungen der Rangänderung bei der Betrachtung dieser gegeben werden.

Die oben aufgezählten Erfordernisse, die das BGB. für die Rangänderung aufstellt: Einigung, Eintragung und Zustimmung Dritter, sind gleichwertig, so daß nur

---

[1]) Prot. III S. 95.

das Zusammentreffen aller die Rangänderung bewirkt, beim Fehlen oder bei Nichtigkeit auch nur eines derselben aber eine solche nicht zustande kommt. Natürlich werden in einem solchen Falle die übrigen Erfordernisse durch den Mangel des einen in ihrer Wirksamkeit nicht berührt. Zur Herbeiführung der Rangänderung ist daher nur die Vornahme oder erneute Vornahme der fehlenden oder nichtigen Voraussetzung, nicht auch die erneute Vornahme der übrigen gültigen nötig. Insbesondere kommt der Eintragung in das Grundbuch nicht die Bedeutung zu, daß mit ihr die Rangänderung stets bewirkt wird. Dies ist nur der Fall, wenn ihr die Erfüllung der übrigen Erfordernisse vorausgeht, was freilich die Regel bilden wird. Erforderlich ist dies aber nur hinsichtlich der Zustimmung des Grundstückseigentümers und des etwaigen Drittberechtigten, indessen auch nicht zur Wirksamkeit der Rangänderung, sondern nur zur Herbeiführung der Eintragung, und zwar mit Rücksicht auf § 19 GBO., wonach eine Eintragung nur erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Nicht nötig ist dagegen, daß die Einigung vor der Eintragung erfolgt. Denn beide stehen nicht in einer derartigen Abhängigkeit voneinander, daß die letztere nur auf Grund der ersteren erfolgen dürfte, diese also Voraussetzung jener wäre. Vielmehr sind beide, wie schon oben hervorgehoben ist, gleichwertige Erfordernisse, von denen die Einigung ein Rechtsgeschäft, die Eintragung eine Amtshandlung des Grundbuchamts ist,

und stehen nur insofern zueinander in Beziehung, als ihr gemeinsamer Zweck die Rangänderung ist.[1])

Im einzelnen ist über die Erfordernisse der Rangänderung folgendes zu sagen:

§ 3

Die Einigung.

1. Sie ist der auf den Eintritt der Rangänderung gerichtete Willenszusammenschluß des vortretenden und des zurücktretenden Berechtigten. Ihre rechtliche Natur ist streitig. Die herrschende Meinung sieht in ihr einen Vertrag.[2]) Hiergegen wird von den Gegnern eingewendet, daß die Einigung für sich allein keinen Rechtserfolg herbeiführe, und ihr deshalb von einigen Schriftstellern, so insbesondere Bruck[3]) und Eccius[4]), die Natur eines Rechtsgeshhäftes überhaupt abgesprochen.[5]) Meines Erachtens aber mit Unrecht! Denn zum Begriff des Rechtsgeschäfts gehört nur, daß der von dem Handelnden betätigte Wille auf die Hervorbringung eines rechtlichen

---

[1]) Vgl. Jahrb. f. Entsch. des KG. Bd. 21 S. A. 306, ferner Planck Bem. II zu § 873.

[2]) S. u. a. Planck Bd. I S. 259 f., Oberneck Bd. I S. 255 f., Förster in „Das Recht" 7. Jahrgang S. 54 ff., Simon in Leonhardts Studien zur Erl. d. Bürg. R. Heft 20, ferner Stöver im Archiv f. bürg. R. Bd. 26, insbesondere S. 183 ff.

[3]) Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des BGB., insbesondere S. 14 ff.

[4]) Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 51 ff.

[5]) Eine eigenartige Auffassung vertritt Ortlieb (Einigung und dinglicher Vertrag, Marburger Diss. 1904), welcher Einigung und Eintragung als Realvertrag ansieht.

Erfolges gerichtet ist, und daß dieser Erfolg deshalb eintritt, weil er gewollt ist, nicht aber, daß die Willenserklärung für sich allein denselben herbeiführt. Der Eintritt des Erfolges ist für den Begriff des Rechtsgeschäfts nur insofern wesentlich, als er um deswillen erfolgt, weil er gewollt ist, im Gegensatz zum Eintritt ohne und gegen den Willen des Handelnden; dagegen kommt es nicht darauf an, ob die Rechtsordnung den Eintritt des Erfolges an die Willenserklärung allein knüpft oder ihn von dem Hinzukommen eines weiteren Tatbestandes wie der Eintragung in das Grundbuch abhängig macht. Danach erscheinen die gegen die Unterstellung der Einigung unter den Begriff des Rechtsgeschäfts vorgebrachten Gründe nicht stichhaltig. Ist aber die Einigung ein Rechtsgeschäft, dann muß man auch ohne weiteres zugeben, daß sie ein Vertrag, d. h. ein Rechtsgeschäft ist, bei dem sich die Willenserklärungen mindestens zweier Personen zu einem einheitlichen, auf die Hervorbringung derselben rechtlichen Wirkung gerichteten Willen zusammenschließen.

Hieraus ergibt sich für die Rangänderung, daß die bloß einseitige Erklärung des zurücktretenden Hypothekars, daß er mit seiner Post einer anderen den Vorrang einräume, auch wenn die Eintragung in das Grundbuch erfolgt, die beabsichtigte Rangänderung nicht begründen kann. Eine Annahme ist nur dann nicht erforderlich, wenn sowohl die vortretende wie die zurücktretende Post demselben Berechtigten zustehen. In diesem Falle kann naturgemäß von einer Einigung

überhaupt nicht die Rede sein; denn hier hat der Berechtigte allein ohne Mitwirkung eines anderen Gläubigers über das Rangverhältnis zu bestimmen. Es genügt hier also die einseitige Erklärung des Berechtigten.[1]) Da die Einigung ein Vertrag ist, finden auf sie die Bestimmungen des Allgem. Teiles des BGB. Anwendung,[2]) soweit nicht besondere Vorschriften wie die des § 873 Abs. 2 BGB. entgegenstehen. Es gelten deshalb die allgemeinen Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Willenserklärungen, Bedingung und Zeitbestimmung, Vertretung, Einwilligung und Genehmigung. Ist also z. B. die Einigung von einem Geschäftsunfähigen erklärt, so ist sie nichtig (§ 105 BGB.); ist sie durch rechtserheblichen Irrtum oder Täuschung veranlaßt, so ist sie anfechtbar (§§ 119, 123 BGB.). Dagegen ist es auf ihre Wirksamkeit ohne Einfluß, wenn der zurücktretende Berechtigte nach Abgabe seiner Erklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird, bevor die Annahme des anderen Teiles erklärt ist (§ 132 Abs. 2 BGB.).

2. Gegenstand der Einigung ist nicht die Verpflichtung zur Bewirkung der Rangänderung, sondern diese selbst; m. a. W. die Einigung ist unmittelbar auf den Eintritt der Rangänderung gerichtet. Sie ist also ein dinglicher Vertrag und gehört zu den Rechts-

---

[1]) Entsch. in Angelegenheiten der Freiw. Ger., zusammengestellt im Reichs-Justizamt Bd. 2 S. 50; Rechtspr. der OLG. Bd. 7 S. 10.

[2]) Prot. III S. 64 II, Planck Bd. 1 S. 260, Oberneck. Bd. 1 S. 256, Simon S. 89 ff., Biermann S. 2 Anm 6c.

geschäften, welche das BGB. als „Verfügung“ über einen Gegenstand bezeichnet. Dies ist wenigstens die herrschende Ansicht, die indessen von den Gegnern der rechtsgeschäftlichen Natur der Einigung wieder mit dem Hinweis darauf bekämpft wird, daß die Rechtsänderung nicht durch die Einigung allein, sondern nur in Verbindung mit anderen Tatumständen, insbesondere der Eintragung, herbeigeführt wird.[1]) Auch hier zu Unrecht!

Denn Verfügung ist jedes Rechtsgeschäft, durch welches eine dingliche Rechtsänderung unmittelbar herbeigeführt werden soll. Daß das Rechtsgeschäft die gewollte Rechtsänderung aber nicht für sich allein, sondern erst in Verbindung mit weiteren — nicht rechtsgeschäftlichen — Tatumständen herbeizuführen imstande ist, nimmt ihm den Charakter als Verfügung nicht.[2]) Letztere besteht in Parteierklärungen; die Eintragung aber ist eine Amtshandlung. Diese können die Beteiligten nicht verfügen; ihre Verfügungsmacht ist erschöpft, wenn sie das zur Herbeiführung der Eintragung Erforderliche getan haben.[3])

Dies gilt nicht bloss für die bindende Einigung, sondern auch dann, wenn eine Bindung noch nicht eingetreten ist. Denn wenn auch in diesem Falle die Verfügung noch nicht wirksam ist, so ist doch eine solche vorhanden, wie man ja auch ein aus irgend-

---

[1]) S. Bruck und Eccius a. a. O.
[2]) Rechtsprechung der OLG. Bd. 5 S. 418.
[3]) Förster in „Das Recht“ Bd. 7 S. 55.

einem Grunde unwirksames Rechtsgeschäft als solches ansehen muß, wenn auch eben nur als unwirksames.[1])

Verfügt wird durch die Einigung bei der Rangänderung nicht über beide Hypotheken, sondern nur über die, welche im Range zurücktreten soll. Der zurücktretende Gläubiger, nicht notwendig auch der vortretende, muß daher in der Verfügung über seine Post unbeschränkt sein. Die Befugnis zur Verfügung fließt aus der Hypothek selbst; sie steht daher dem Gläubiger derselben regelmäßig zu. In besonderen Fällen, z. B. wenn über das Vermögen des Gläubigers der Konkurs eröffnet ist (§ 6 KO.), oder, wenn die Hypothek zugunsten eines Gläubigers des Hypothekars gepfändet ist (§ 829 CPO.), kann sie ihm aber entzogen sein. In diesen Fällen ist er auch nicht berechtigt, mit der Hypothek einer anderen den Vorrang einzuräumen. In anderen Fällen ist zwar dem Hypothekar die Verfügung über seine Post nicht entzogen, aber er bedarf hierzu der Zustimmung eines Dritten. So bedarf die Ehefrau bei gesetzlichem Güterstande, sofern die Hypothek nicht zum Vorbehaltsgut gehört, zur Vorrangseinräumung mit derselben der Zustimmung des Ehemanns (§§ 1395, 1396 BGB.), die bei grundloser Verweigerung durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden kann und nur unter besonderen Umständen entbehrlich ist (§ 1401 BGB.). In den Fällen der letzteren Art, wo also der Gläubiger zur Verfügung

[1]) Förster a. a. O. und insbes. Simon S. 16 ff., besonders S. 50 ff.

über die Post der Zustimmung eines dritten bedarf, wird die Verfügungsbeschränkung gehoben durch die Erteilung dieser Zustimmung, die vorher oder nachher erfolgen kann. In den übrigen Fällen ist eine der Beschränkung zuwider erklärte Vorrangsbewilligung trotzdem wirksam, wenn die Erklärung mit Einwilligung desjenigen abgegeben wird, dem das Verfügungsrecht zusteht (§ 185 Abs. 1 BGB.). Ist sie ohne Einwilligung erklärt, so wird sie wirksam gemäß § 185 Abs. 2, insbesondere dann, wenn der Berechtigte sie genehmigt.

Verschieden hiervon sind die Fälle, in denen ein materiell Nichtberechtigter im Grundbuch eingetragen ist und eine Vorrangsbewilligung erteilt, z. B. der frühere Gläubiger einer Hypothek, der noch als solcher eingetragen ist und den Hypothekenbrief für den jetzigen Gläubiger aufbewahrt, räumt mit der Post einer anderen den Vorrang ein. Eine derartige Verfügung ist grundsätzlich unwirksam; sie kann aber so weit wirksam sein, als ihr der öffentliche Glaube des Grundbuchs zugute kommt. Hierüber ist später zu sprechen.

Eine Verfügungsbeschränkung kommt dann nicht mehr in Betracht, wenn sie erst eintritt, nachdem die Erklärung des zurücktretenden Gläubigers für diesen bindend geworden und der Antrag auf Eintragung der Rangänderung beim Grundbuchamt gestellt ist (§§ 880 Abs. 2, 878 BGB.). Wann die Erklärung bindend wird, ist später auszuführen.

§ 878 BGB. betrifft übrigens nur die nachträgliche

Beschränkung der Verfügungsbefugnis, nicht aber den nachträglichen Eintritt von Tod oder Geschäftsunfähigkeit. Die Unschädlichkeit dieser wird schon im § 130 Abs. 2 BGB. behandelt, der, wie oben ausgeführt, auch bei der Einigung infolge ihrer Vertragsnatur zur Anwendung kommt.

Eine andere Frage ist die, ob der zur Verfügung über die Post Berechtigte als solcher im Grundbuch eingetragen sein muß, um eine Vorrangsbewilligung erklären zu können. Dies ist für die Einigung zu verneinen. Dagegen soll eine Eintragung gemäß § 40 GBO. nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte im Grundbuch eingetragen ist.

3. Die Einigung ist von den obligatorischen Beziehungen der beteiligten Gläubiger zueinander völlig unabhängig. Sie ist ein abstraktes, d. h. von ihrem Rechtsgrunde losgelöstes, selbständiges Rechtsgeschäft. Ihr Verhältnis zu dem ihr zugrunde liegenden obligatorischen Geschäft ist das der Leistung zu dem rechtlichen Motive derselben[1]). Ihre Wirksamkeit wird daher nicht dadurch beeinflußt, daß der Rechtsgrund, den die beteiligten Gläubiger bei der Einigung voraussetzen, gar nicht besteht, oder, daß sie sonst über denselben sich im Irrtum befinden[2]). Ebensowenig kommt es darauf an, ob das Kausalgeschäft gültig ist oder nicht. Der durch die Einigung erstrebte rechtliche

[1]) Vgl. Mot. III S. 83.
[2]) Mot. III S. 187.

Erfolg, die Rangänderung, tritt, das Vorhandensein der übrigen Erfordernisse vorausgesetzt, auch dann ein, wenn das Kausalgeschäft nichtig ist. In diesem Falle steht dem Geschädigten nur ein obligatorischer Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegenüber dem anderen Hypothekar zu, auf Grund dessen er von diesem Rückgängigmachung der Rangänderung verlangen kann.

4. Inhaltlich erfordert die Einigung nicht die Eintragungsbewilligung des zurücktretenden Gläubigers, sondern nur das Einverständnis der beiden Gläubiger darüber, daß die Rangänderung eintreten solle. Ein bestimmter Wortlaut ist nicht vorgeschrieben; es genügt jede Erklärung, sofern sie nur erkennen läßt, daß sie die Rangänderung herbeiführen wolle. Auch die Beobachtung einer bestimmten Form ist zur Gültigkeit der Einigung nicht erforderlich. Sie kann schriftlich, mündlich oder auch nur stillschweigend erfolgen. Gebunden werden freilich die Kontrahenten durch eine formlose Einigung nur dann, wenn sie nach der Eintragung erfolgt (§§ 880 Abs. 2, 873 Abs. 2 BGB.). Vor der Eintragung kann dagegen jeder der beiden Kontrahenten die von ihm zur formlosen Einigung abgegebene Erklärung grundsätzlich frei widerrufen. Bedeutungslos ist aber deshalb die formlose Einigung nicht, vielmehr ist auch in ihr eines der Erfordernisse der Rangänderung enthalten; sie genügt, um in Verbindung mit der Eintragung und der Zustimmung des Grundstückseigentümers sowie des etwaigen Drittberechtigten die

Rangänderung zu bewirken. Die Bindung der beteiligten Gläubiger tritt aber in diesem Falle erst mit der Eintragung ein. Vor dieser sind die Beteiligten gemäß §§ 880 Abs. 2, 873 Abs. 2 BGB. an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärungen

a) gerichtlich oder notariell beurkundet, oder

b) vor dem Grundbuch abgegeben, oder

c) bei diesem eingereicht sind, oder

d) wenn der Berechtigte dem anderen Teile eine grundbuchmäßige Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat.

a) Zur gerichtlichen oder notariellen Beurkundung reicht die bloße Beglaubigung der Unterschrift nicht aus; vielmehr müssen die ganzen Erklärungen beurkundet werden. Dazu ist erforderlich, daß dieselben entweder vor dem Richter oder Notar abgegeben oder diesen schriftlich überreicht und der Inhalt von den Erklärenden als von ihnen gewollt anerkannt wird. Es ist aber andrerseits nicht erforderlich, daß beide Erklärende zusammen ihre Erklärungen abgeben oder einreichen und die Einigung vor dem Richter oder Notar vornehmen. Es genügt, wenn zunächst die Erklärung des zurücktretenden Gläubigers und sodann die Annahme derselben seitens des vortretenden beurkundet wird (§ 128 BGB.). Die Einigung kommt in diesem Falle erst mit der Beurkundung der Annahme zustande (§ 152 BGB.).

b) Abgabe der Erklärungen vor dem Grundbuchamt. Hierzu ist nicht erforderlich, daß die Erklärungen

von dem Grundbuchamt zu Protokoll genommen werden;[1]) denn sie brauchen nicht derart zu sein, daß auf Grund derselben die Eintragung erfolgen kann.[1]) Ebensowenig brauchen sie gleichzeitig abgegeben zu werden. Solange aber nicht beide abgegeben sind, kann die einseitig abgegebene Erklärung frei widerrufen werden; die Einigung wird erst mit der Abgabe der zweiten Erklärung bindend.

c) Einreichung der Erklärungen beim Grundbuchamt. Aus dem Wortlaut des Gesetzes geht nicht hervor, ob bloße privatschriftliche Erklärungen genügen oder ob die Erklärungen eintragungsfähig, d. h. in öffentlichen oder öffentlich-beglaubigten Urkunden enthalten sein müssen. Der Gedanke, welcher den Vorschriften des § 873 Abs. 2 BGB. zugrunde liegt, ist der, daß die Parteien nur dann an die Einigung gebunden sein sollen, wenn sie ihren ernstlichen Willen auf Bindung besonders ersichtlich machen. Dazu ist aber nicht erforderlich, daß die Erklärungen grundbuchmäßig sind. Man wird es daher für ausreichend halten müssen, wenn die Parteien ihre privatschriftlichen Erklärungen dem Grundbuchamt einreichen,[2])

---

[1]) Ebenso Fuchs, Grundbuchrecht S. 63 Bem. 25aa und Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, Bd. I, S. 254; A. M. Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, 3. Aufl. I S. 111 Bem. b; Strecker, Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken S. 30; Biermann, BGB., Anm. 2d zu § 873.

[2]) Ebenso Fuchs, S. 63 Bem. a; Cosack, Bd. II S. 19; Oberneck, S. 254; A. M. Turnau-Förster a. a. O., S. 111 Bem. c; Biermann Bem. 2e zu § 873.

da hieraus die Ernstlichkeit ihres Willens zur Genüge hervorgeht. Die Protokolle (III S. 163) nehmen freilich an, daß ein ernstlicher Wille auf Bindung nicht zu unterstellen sei, wenn auf Grund der Erklärungen die Eintragung nicht erfolgen könne. Wollte man dem aber folgen, dann müßte man unter Umständen auch im Falle der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung der Erklärungen der Einigung die Bindung versagen, z. B. dann, wenn sie die Eintragungsbewilligung des zurücktretenden Gläubigers nicht enthalten.[1])

Die Erklärungen brauchen nicht gleichzeitig und nicht von beiden Hypothekern eingereicht zu werden. Es genügt, wenn sie nacheinander und ebenso, wenn sie von einem Gläubiger eingereicht werden. Die Bindung tritt aber erst dann ein, wenn beide Erklärungen eingereicht sind, und, wenn beide von einem eingereicht werden, nur dann, wenn die Einreichung auch dem Willen des anderen Teiles entspricht.

d) Wenn der zurücktretende Gläubiger dem vortretenden eine grundbuchmäßige Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat. Dieselbe muß den Vorschriften der §§ 29 und 28 GBO. entsprechen und dem vortretenden Hypothekar tatsächlich übergeben sein. Es genügt nicht, daß z. B. der bewilligende Gläubiger den andern ermächtigt, sich die Urkunde vom Notar aushändigen zu lassen.

5. Unter Gebundenheit im Sinne des § 873 Abs. 2

---

[1]) Vgl. hierzu Fuchs S. 63 Anm. a.

BGB. ist nicht die Bindung d. h. die Verpflichtung des Parteiwillens zur Übertragung bzw. zur Annahme der Rangänderung zu verstehen; das Gesetz will vielmehr damit nur ausdrücken, daß der einseitige Widerruf unter den im § 873 Abs. 2 aufgestellten Voraussetzungen ausgeschlossen ist.[1]) Es ist deshalb auch die Auffassung nicht gerechtfertigt, daß die bindende Einigung einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung der zur Herbeiführung der Eintragung erforderlichen Formalitäten gewähre.[2]) Diese Auffassung ist mit der Natur der Einigung unvereinbar. Die Einigung dient nicht zur Begründung von Schuldverbindlichkeiten, sie dient zur Bewirkung der Rangänderung selbst, sie ist ein reines Leistungsgeschäft. Infolgedessen kann auch aus ihr kein Anspruch entstehen, keine Klage stattfinden. Hierin wird durch die Vorschrift des Gesetzes, daß die Parteien unter gewissen Voraussetzungen an die Einigung gebunden sein sollen, nichts geändert. Die Bindung hat, wie oben ausgeführt ist, nur die Bedeutung, daß die Kontrahenten ihre Erklärungen nicht mehr widerrufen können, daß sie dabei stehen bleiben müssen. Ein Anspruch und eine Klage auf Erfüllung der noch zur Eintragung erforderlichen Förmlichkeiten kann sonach nur aus dem Kausalvertrag hergeleitet werden.

---

[1]) Denkschrift S. 118.

[2]) Ebenso Simon S. 11ff.; Biermann Bem. 3 zu § 873; Planck III 4 zu § 873. Klagbarkeit nehmen dagegen an: Strecker a. a. O. S. 35; Fuchs a. a. O. S. 64 Nr. 28; Oberneck a. a. O. S. 257ff.

6. Besteht zwischen den Hypothekaren auf Grund eines obligatorischen Vertrages, der regelmäßig formlos sein kann, eine Verpflichtung zur Herbeiführung der Rangänderung und ist die von einem zur Annahme der Einigung abzugebende Erklärung nicht zu erlangen, so kann dieselbe im Wege der Klage durch Urteil ersetzt werden. Praktisch bedeutungsvoll wird regelmäßig wohl nur der Fall werden, daß sich derjenige Hypothekar, dessen Hypothek zurücktreten soll, weigert, in die Rangänderung zu willigen, da dieser regelmäßig kein Interesse an der Herbeiführung der Rangänderung gegen den Willen des die Annahme der Vorrechtseinräumung verweigernden Hypothekars haben wird. Doch sind auch Fälle der letzteren Art denkbar. Verweigert also ein Hypothekar, der sich zur Vorrechtseinräumung mit seiner Hypothek verpflichtet hat, die ihm obliegende Erklärung, so muß er auf Abgabe derselben verklagt werden. Den Klageantrag wird man praktischer Weise so formulieren, daß er nicht auf die bloße Einwilligung in die Rangänderung, sondern auf die Eintragungsbewilligung geht. Zum Ersatze der Einigung würde freilich die Verurteilung zur Einwilligung in die Rangänderung genügen; da aber die Eintragung nicht auf Grund der Einigung, sondern der formellen Eintragungsbewilligung des zurücktretenden Gläubigers erfolgt, so kann der erstrebte Enderfolg, die Rangänderung, nur dann erreicht werden, wenn der zur Vorrechtseinräumung verpflichtete Gläubiger zur Eintragungsbewilligung der Rangänderung verurteilt wird. In dieser

ist die zur Einigung erforderliche Einwilligung in die Rangänderung enthalten. Sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat, gilt die Eintragungsbewilligung als abgegeben (§ 894 CPO.), und zwar in der Form, wie sie zur Eintragung erforderlich ist. Das Urteil ersetzt also die Erklärung des Verurteilten. Die Einigung kommt dann spätestens damit zustande, daß der obsiegende Gläubiger auf Grund des Urteils die Eintragung beantragt. Aus dem Wesen des Urteils ergibt sich ferner, daß der Verurteilte zum Widerruf der durch das Urteil ersetzten Erklärung nicht berechtigt ist. Der Kläger wird dagegen durch das Urteil nicht gebunden, da eine Erklärung von ihm noch gar nicht vorliegt. Gibt er aber seine Erklärung ab, so ist auch er an die hierdurch zustande gekommene Einigung gebunden, selbst dann, wenn er seine Annahme nur mündlich erklärt hat. Denn man wird diesen Fall dem des § 873 Abs. 2 BGB. gleichstellen müssen, wo der Berechtigte d. i. der zurücktretende Gläubiger dem Anderen eine grundbuchmäßige Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat.

Ist das Urteil noch nicht rechtskräftig, aber vorläufig vollstreckbar, so gilt zwar die Eintragungsbewilligung hinsichtlich der Rangänderung noch nicht als erteilt, der obsiegende Kläger kann aber auf Grund dieses Urteils eine Vormerkung zur Sicherung seines Anspruchs eintragen lassen, da die Eintragung einer solchen durch das Urteil als bewilligt gilt (CPO. § 895).

§ 4.

Die Eintragung.

1. Das Rangverhältnis der Hypotheken bestimmt sich gemäß § 879 BGB. nach der Reihenfolge der Eintragungen. Deshalb muß auch für eine Änderung des aus dem Grundbuch ersichtlichen Rangverhältnisses die Eintragung verlangt werden. Diese ist nach § 880 BGB. eine notwendige Voraussetzung des Eintritts der Rangänderung, so daß die letztere nicht ohne sie zustande kommt. Die Eintragung wirkt also konstitutiv. Sie ist nicht bloße Form der Einigung. Diese kommt, wie wir gesehen haben, schon mit dem bloßen Willenszusammenschluß der beteiligten Gläubiger zustande; dies könnte aber nicht der Fall sein, wenn die Eintragung eine Einigungsform wäre. Ebensowenig könnte dann eine Gebundenheit der beteiligten Gläubiger an die Einigung vor der Eintragung eintreten; die letztere könnte außerdem erst nach der ersteren stattfinden. Es kommt aber andrerseits der Eintragung, wie schon im § 2 angedeutet ist, keine formale Rechskraft zu, d. h. sie hat nicht die Kraft, für sich allein die Rangänderung zu bewirken. Fehlt eines der übrigen Erfordernisse, ist z. B. die Einigung nichtig, so ist die Rangänderung unwirksam, auch wenn die Eintragung erfolgt. Das Grundbuch steht dann mit der wirklichen Rechtslage in Widerspruch, und es steht dem durch die Eintragung im Range zurückgesetzten Hypothekar ein Anspruch auf Richtigstellung des Grundbuchs gegen-

über dem ihm vorgesetzten Hypothekengläubiger zu (§ 894 BGB.). Dieser Anspruch ist kein persönlicher, da eine wirksame Änderung noch gar nicht erfolgt ist, sondern ein dinglicher. — Eine Ausnahme erleiden diese Grundsätze dann, wenn die zu Unrecht vorgesetzte Post von einem gutgläubigen Dritten erworben wird. Diesem kommen nämlich die Vorschriften des § 892 BGB. über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zugute. Ihm gegenüber gilt daher die Rangänderung als erfolgt. Will sich der durch die Eintragung beeinträchtigte Gläubiger hiergegen schützen, so muß er bei dem Rangvermerk einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs gemäß § 899 BGB. eintragen lassen. Hierzu ist die Bewilligung des begünstigten Gläubigers erforderlich, da er grundbuchmäßig berechtigt ist. Verweigert er diese, so muß sie im Wege der Klage erstritten werden. Die Eintragung des Widerspruchs kann aber schon vor Erlaß des Urteils erfolgen, nämlich auf Grund einer einstweiligen Verfügung, deren Erlassung der beeinträchtigte Gläubiger bei dem Gericht der Hauptsache d. h. bei dem, an welchem die Klage wegen Erteilung der Bewilligung anhängig ist, oder bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist, beantragen muß (§§ 937, 942 C.P.O.), wobei er zwar den Anspruch auf die Bewilligung, nicht aber die Gefährdung seines Rechts glaubhaft machen muß (§§ 936, 920 CPO. und § 899 Abs. 2 S. 2 BGB).

2. Die Eintragung der Rangänderung setzt, abge-

sehen von der Geschäftsfähigkeit und der Verfügungsberechtigung der Betroffenen nach den Bestimmungen der GBO., regelmäßig voraus: a) einen Antrag, b) die Eintragungsbewilligung derjenigen, deren Recht von der Eintragung betroffen wird und im Falle der Notwendigkeit der Zustimmung eines Dritten auch die Einwilligung dieses, c) die vorgängige Eintragung der in ihrem Rechte Betroffenen als Berechtigte oder bei Briefhypotheken Besitz des Briefes und Nachweisung des Gläubigerrechts gemäß § 1155 BGB., d) bei Briefhypotheken Vorlegung des Briefes und bei Hypotheken für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber oder einem indossablen Wertpapier Vorlegung der Urkunde.

Nicht notwendig ist dagegen der Nachweis der Einigung. Diese ist, wie wir gesehen haben, nur zur Entstehung der Rangänderung erforderlich, dagegen kommt sie für die Eintragung nicht in Betracht. Der Grundbuchrichter hat daher auch nicht zu prüfen, ob die Einigung stattgefunden hat.[1]) Über die Erfordernisse der Eintragung ist im Einzelnen Folgendes zu sagen:

a) Der Antrag kann nicht bloß von jedem der beiden Gläubiger, sondern auch von dem Grundstückseigentümer oder den etwaigen Drittberechtigten gestellt werden (§ 13 Abs. 2 GBO.) Ist eine der zur Eintragung erforderlichen Erklärung z. B. die Eintragungs-

---

[1]) Vgl. Jahrb. f. Entsch. des KG. Bd. 21 S. A. 306.

bewilligung des zurücktretenden Gläubigers oder die des Grundstückseigentümers von einem Notar beurkundet oder beglaubigt, so gilt auch dieser als zur Stellung des Antrags ermächtigt, natürlich nicht im eigenen Namen, sondern im Namen eines der Antragsberechtigten (§ 15 GBO.). Daß auch die anderen erforderlichen Erklärungen von demselben Notar beurkundet oder beglaubigt sind, ist nicht erforderlich; diese müssen aber mit eingereicht werden.[1]) Auch andere Bevöllmächtigte oder Vertreter können den Antrag stellen, müssen aber ihre Berechtigung besonders nachweisen. Bei gesetzlichen Vertretern, Testamentsvollstreckern und Organen juristischer Personen kann dies nur durch öffentliche Urkunden geschehen,[2]) bei Bevollmächtigten durch privatschriftliche oder öffentliche bzw. öffentlich beglaubigte Urkunden, je nachdem der Antrag selbst dieser oder jener Form bedarf (§ 30 GBO.).

Der Antrag kann besonders unter Einreichung der erforderlichen Erklärungen gestellt werden oder mit einer der letzteren verbunden sein. Im ersteren Falle kann er schriftlich gestellt oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden. Soll aber durch ihn zugleich eine erforderliche Erklärung, z. B. die Eintragungsbewilligung des zurücktretenden Gläubigers ersetzt werden, so soll er vor dem Grundbuchamt zu Protokoll gegeben werden oderin einer öffentlichen

[1]) Vgl. Turnau-Förster, Bem. II 1, 3 zu § 15 GBO.
[2]) Vgl. Turnau-Förster, Bem. 5 zu § 30 GBO.

oder öffentlich beglaubigten Urkunde enthalten sein (§§ 30, 29 GBO.). In dem Antrag muß der Antragsteller bezeichnet und bestimmt angegeben sein, was eingetragen werden soll. Er soll nicht an einem Vorbehalt geknüpft sein (§ 16 GBO.). Zur näheren Bestimmung genügt die Bezugnahme auf die miteinzureichende Eintragungsbewilligung.

Wird eine Eintragung vorgenommen, ohne daß ein Antrag gestellt ist, oder entspricht dieser nicht den Vorschriften der §§ 30, 29 GBO., so ist darum die Eintragung nicht ungültig. Denn die §§ 13, 29 und 30 GBO. enthalten nur Ordnungsvorschriften, welche auf die Gültigkeit der Eintragung ohne Einfluß sind.

b. Die Eintragung muß von allen denen bewilligt werden, deren Recht von ihr betroffen wird (§ 19 GBO.). Dies sind der zurücktretende Hypothekar, der Grundstückseigentümer und der etwaige Drittberechtigte. Steht das betroffene Recht nicht bloß einem, sondern mehreren Berechtigten zu, so ist natürlich die Eintragungsbewilligung von allen zu erteilen. Die Bewilligung muß alle die Angaben enthalten, die eine Voraussetzung der Eintragung bilden und durch diese vermerkt werden sollen. Es muß also zunächst das Grundstück, und zwar übereinstimmend mit dem Grundbuch, bezeichnet sein (§ 28 GBO.). Ferner müssen die Hypotheken, deren Rang geändert werden soll, angegeben sein. Die zurücktretende Post muß so bestimmt sein, daß ein Zweifel über die Identität ausgeschlossen ist; das Gleiche gilt für die vortretende

Hypothek, und zwar auch dann, wenn die Eintragung wegen der Rangänderung erfolgt, bevor die vortretende Post bestellt wird. Wann eine Hypothek so bezeichnet ist, daß ein Zweifel an der Identität ausgeschlossen ist, ist Tatfrage. Auch die bloße Angabe einer bestimmten Geldsumme kann ausreichend sein, nämlich dann, wenn es sich um eine eingetragene Post handelt und eine andere Post desselben Betrages nicht eingetragen ist. Dagegen kann eine solche Angabe als ausreichende Bezeichnung der vortretenden Post dann nicht angesehen werden, wenn dieselbe erst bestellt werden soll. Denn eine Rangänderung im Sinne des § 880 BGB. kann nur zwischen bestimmten Rechten vorgenommen werden. Dagegen kann eine solche nicht stattfinden in der Art, daß der zurücktretende Hypothekar schlechthin einer erst später zu bestellenden Post, die nur dem Umfang nach bestimmt ist, den Vorrang einräumt, da hier die zum Zustandekommen der Rangänderung notwendige Einigung zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Berechtigten fehlt. Zulässig ist zwar eine Vereinbarung derart, daß der Gläubiger, der zurüktreten will, dem Eigentümer gegenüber sich verpflichtet, einer später einzutragenden Post den Vorrang vor seiner Post einzuräumen; eine solche Abrede erzeugt aber nur obligatorische Wirkungen und ist nicht eintragungsfähig. Der aus einem solchen Vertrage dem Eigentümer entstehende Anspruch auf die Vorrechtseinräumung, die erst bei der Bestellung der Post, welche vortreten soll, vor-

genommen wird, kann nur durch eine Vormerkung dinglich gesichert werden (§ 883 BGB.). Dies steht nicht in Widerspruch mit der auf S. 8 aufgestellten Behauptung von der Möglichkeit einer Eintragung wegen der Rangänderung vor Bestellung der vortretenden Post; denn dort handelt es sich um eine bestimmte Post, deren künftiger Inhaber bekannt ist. Kann aber eine Rangänderung nur zwischen von vornherein bestimmten Hypotheken stattfinden, so kann die bloße Angabe einer Geldsumme zur Bezeichnung der vortretenden Post, die noch nicht eingetragen ist, nicht ausreichen, da diese hiermit nicht genügend bestimmt ist.

Außer der Bezeichnung des Grundstücks und der Posten muß die Eintragungsbewilligung die Erklärung des in seinem Rechte Betroffenen enthalten, daß er in die Eintragung willigt. Ein bestimmter Wortlaut ist hierfür nicht vorgeschrieben. Die Erklärung muß nur unzweideutig den Willen des Erklärenden erkennen lassen, daß die Eintragung der Rangänderung gestattet werden soll.

Die Eintragungsbewilligung ist an sich wirksam, auch wenn sie bloß mündlich erteilt wird. Eine Eintragung aber soll gemäß § 29 GBO. nur erfolgen, wenn sie vor dem Grundbuchamt zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Doch ist dies nur eine Ordnungsvorschrift, so daß eine dem § 29 GBO. zuwider erfolgte Eintragung deshalb nicht ungültig ist. Auch eine ohne das Vorhandensein einer Eintragungsbe-

willigung entgegen der Vorschrift des § 19 GBO. erfolgte Eintragung ist rechtsgültig, wenn die materiellen Voraussetzungen für die Rangänderung vorliegen. Der Mangel der Eintragungsbewilligung des zurücktretenden Gläubigers, des Eigentümers oder des Drittberechtigten schadet also nichts, wenn nur die Einigung und die Zustimmung der beiden letzteren vorhanden sind.

Die Eintragungsbewilligung kann, wie hinsichtlich der Einigung und der Eintragungsbewilligung des zurücktretenden Gläubigers schon im § 3 ausgeführt ist, ersetzt werden durch ein Urteil, durch welches der Beklagte zur Abgabe der Bewilligung verurteilt ist. Sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt, gilt die Bewilligung als erteilt, und zwar in grundbuchmäßiger Form. Das Urteil tritt an die Stelle der Bewilligung.

Ist jemand bei Erteilung der Eintragungsbewilligung an die Zustimmung eines Dritten gebunden, z. B. eine Ehefrau, so ist auch diese Zustimmung zur Eintragung erforderlich, und zwar soll auch sie gemäß § 29 GBO. durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden.

c. Gemäß § 40 GBO. soll eine Eintragung ferner regelmäßig nur dann erfolgen, wenn diejenigen, deren Recht von ihr betroffen wird, d. s. also bei der Rangänderung der zurücktretende Hypothekar, der Grundstückseigentümer und etwaige Drittberechtigte, im Grundbuch als Berechtigte eingetragen sind. Hinsichtlich des Hypothekengläubigers ist eine Ausnahme von diesem Prinzip im Abs. 2 § 40 GBO. festgesetzt. Ist nämlich die

Hypothek eine Briefhypothek, und dies ist — abgesehen von der Sicherungshypothek, welche stets eine Buchhypothek ist (§ 1185 BGB) — immer der Fall, wenn nicht die Erteilung des Briefes ausdrücklich ausgeschlossen ist (§ 1116 BGB.), so steht es der Eintragung des Gläubigers gleich, wenn er sich im Besitze des Briefes befindet und sein Gläubigerrecht durch eine zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen nachweist. Diese Vorschrift muß auch für den Fall, daß an einer Briefhypothek einem Dritten ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht bestellt ist, hinsichtlich des Nießbrauchers oder Pfandgläubigers gelten. Denn die Bestellung dieser Rechte erfolgt nach den für die Übertragung der Hypothek geltenden Vorschriften (§§ 1069, 1274, 1154 BGB); es kommen also für sie dieselben Erwägungen in Betracht, auf denen die in § 40 Abs. 2 GBO. für den Hypothekengläubiger normierte Ausnahme beruht. Eine weitere Ausnahme von dem Erfordernis der vorgängigen Eintragung des Berechtigten gilt für den Fall, daß die Bewilligung nicht von dem zur Zeit der Stellung des Eintragungsantrages Berechtigten, sondern von dem eingetragenen Erblasser desselben oder einem Nachlaßpfleger erteilt oder durch einen gegen den Erblasser oder den Nachlaßpfleger vollstreckbaren Titel ersetzt ist (§ 41 Abs. 1 GBO.; über eine weitere Ausnahme s. Abs. 2 a. a. O.). Abgesehen von den oben erwähnten Ausnahmen des § 41 GBO. ist die vorgängige

Eintragung des Eigentümers und eines Buchhypothekars zur Herbeiführung der Eintragung der Randänderung also stets erforderlich. Eine Verletzung dieser Vorschrift macht aber die Eintragung nicht ungültig, da sie nur eine Ordnungsvorschrift ist.

d) Sind die Hypotheken, deren Rang geändert werden soll, Briefhypotheken, so ist zur Eintragung außerdem die Vorlegung beider Hypothekenbriefe erforderlich. Dies ist vor allem zur Prüfung des Gläubigerrechts des den Vorrang einräumenden Hypothekars nötig. Da die Briefhypothek auch ohne Eintragung durch Übergabe des Briefes und schriftliche Erteilung der Abtretungserklärung abgetreten werden kann (§ 1154 BGB.), so gibt das Grundbuch keine sichere Auskunft darüber, wer Gläubiger der Hypothek ist. Zur Übertragung ist aber stets die Übergabe des Briefes erforderlich. Das Gläubigerrecht wird daher durch den Besitz des Briefes in Verbindung entweder mit den auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Übertragsurkunden oder mit der Eintragung nachgewiesen. Zur Legitimation des Gläubigers ist also die Vorlegung des Briefes stets erforderlich. Außerdem ist jede Eintragung, die bei der Hypothek erfolgt, auf dem Hypothekenbriefe zu vermerken (§ 62 Abs. 1 GBO.). Auch aus diesem Grunde ist die Vorlegung des Briefes stets erforderlich. Ist die Rangänderung in das Grundbuch eingetragen worden, ohne daß der Brief vorgelegt worden ist, so hat das Grundbuchamt die nachträgliche Vorlegung desselben von dem Besitzer zu verlangen (§ 62 Abs. 2 G. B. O.).

Ist eine der Hypotheken, insbesondere die zurücktretende, für eine Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder einem andern indossablen Papier bestellt, so ist zur Eintragung der Rangänderung die Vorlegung der Schuldurkunde erforderlich (§ 44 GBO.). Eine solche Hypothek kann nämlich nur als Sicherungshypothek bestellt werden (§ 1187 BGB.). Bei dieser bestimmt sich aber das Gläubigerecht aus der Hypothek nur nach der Forderung, und der Gläubiger kann sich zum Beweise derselben nicht auf die Eintragung berufen (§ 1184 BGB.). Da aber die Forderung aus den genannten Urkunden in diesen verkörpert und zu ihrer Übertragung die Übergabe der Urkunde erforderlich ist, so ergibt sich hieraus die Notwendigkeit der Vorlegung derselben zur Legitimation des Gläubigers. Außerdem ist die Rangänderung auf der Urkunde zu vermerken (§ 44 G. B. O.).

3. Die Rangänderung ist sowohl bei der zurücktretenden als auch bei der vortretenden Hypothek einzutragen. Im Gesetz ist dies allerdings nicht ausdrücklich vorgeschrieben; das BGB. verlangt nur schlechthin die Eintragung, und auch die GBO. gibt keine näheren Bestimmungen. Die Protokolle sagen, daß die Rangänderung bei beiden Hypotheken eingetragen wird[1]), aber es geht aus ihnen nicht hervor, ob die Eintragung bei beiden Rechten ein wesentliches Er-

[1]) Prot. III S. 142 Nr. I 2.

fordernis für das Zustandekommen der Rangänderung ist, so daß eine Eintragung im Sinne des § 880 BGB. nur vorliegt, wenn die Rangänderung bei beiden Posten vermerkt ist, und dieselbe unwirksam ist, wenn sie nur bei einer Post erfolgt, oder ob die Gültigkeit der Eintragung dadurch, daß sie nur bei einem Rechte erfolgt, nicht berührt wird, und die Eintragung bei beiden nur aus Zweckmäßigkeitsgründen geschieht. Die letztere Auffassung vertritt Böhm[1]). Er kommt zu derselben anscheinend durch vergleichende Heranziehung der Vorschrift des § 881 Abs. 2, wonach der Rangvorbehalt bei dem zurücktretenden Rechte eingetragen werden muß. Diese Folgerung ist aber unzutreffend. Denn der Rangvorbehalt kann naturgemäß nur bei dem Rechte eingetragen werden, das zurücktreten soll, da er nur die Befugnis enthält, ein anderes Recht mit dem Range vor jenem eintragen zu lassen, dieses zweite aber noch gar nicht da ist, sondern erst später bestellt werden soll. Anders liegt die Sache bei der Rangänderung, wo beide Rechte schon eingetragen sind oder das vortretende spätestens gleichzeitig mit der Rangänderung — es handelt sich natürlich hier nur um eine vollwirksame Rangänderung — eingetragen wird. Im Übrigen ist mit der erwähnten Vorschrift des § 881 Abs. 2 BGB. nicht gesagt, daß nicht auch bei der Post, für die der Rang vorbehalten ist, bei ihrer Eintragung ein entsprechender Rangvermerk ein-

[1]) a. a. O. S. 37 Bem. II B.

getragen werden muß. Man kann also aus der Bestimmung, daß der Rangvorbehalt bei dem Rechte eingetragen werden muß, welches zurücktreten soll, nicht folgern, daß bei der Rangänderung die Eintragung bei einem der beiden Rechte, deren Rang geändert werden soll, genügt. Nimmt man dies an, so führt dies zu folgenden bedenklichen Folgerungen: Ist die Rangänderung nur bei der zurücktretenden Hypothek vermerkt, und wird diese rechtsgeschäftlich aufgehoben und gelöscht, so muß dies entgegen der Vorschrift des Abs. 4 § 880 BGB. zur Aufhebung der Rangänderung führen, da dann eine hierauf bezügliche Eintragung überhaupt nicht mehr vorhanden ist; ist aber die Eintragung nur bei der vortretenden Post erfolgt, so kann die Rangänderung dem gutgläubigen Erwerber einer zurücktretenden Briefhypothek gegenüber nicht gelten. Betrachtet man dagegen die Wirkungen, die der Gesetzgeber der Rangänderung beilegen wollte, so wird man zu dem Schlusse kommen müssen, daß eine Eintragung der Rangänderung bei einer der beiden Hypotheken nicht genügt, daß vielmehr die Eintragung bei beiden essentiell ist, d. h., daß eine gültige Rangänderung nur in diesem letzteren Falle vorliegt[1]).

4. Der Inhalt der Eintragung muß den vollen Umfang der durch die Rangänderung bewirkten Ab-

[1]) Übereinstimmend Turnau-Förster Bd. I Bem. II 5 zu § 880 BGB.; Staudinger-Kober Bem. I 2 zu § 880; Biermann, Bem. 1 zu § 880; Strecker S. 80 — A. M. Planck, Bem. II 3 e zu § 880

weichung von der gesetzlichen Rangordnung erkennen lassen. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt nicht. Diese ist nur zugelassen bei der Eintragung der Belastung des Grundstücks mit einem Rechte (§ 874 BGB.) und bei der Eintragung von Änderungen des Inhalts dieser Rechte (§ 877 BGB.). Nun ist zwar wohl auch die Rangänderung als Änderung des Inhalts der betroffenen Hypotheken anzusehen, aber das BGB. will offenbar den § 877 auf dieselbe nicht angewendet wissen, sonst hätte es die Anwendbarkeit der §§ 873 Abs. 2 und 876 auf die Rangänderung im § 880 nicht besonders hervorgehoben Da § 874 nicht in gleicher Weise für anwendbar erklärt ist, muß seine Anwendung als unstatthaft angesehen werden. Es müssen daher alle Nebenbestimmungen ausdrücklich vermerkt werden, wenn sie Wirkung gegenüber Dritten haben sollen. Ist also z. B. die Vorrechtseinräumung an eine Bedingung geknüpft, so muß diese in das Grundbuch eingetragen werden, widrigenfalls der Erwerber der vortretenden Post nicht an sie gebunden ist.

§ 5.

Die Zustimmung des Grundstückseigentümers und des Drittberechtigten.

1. Der Eigentümer wird durch die Rangänderung zwar nicht unmittelbar, aber doch mittelbar betroffen. Befriedigt nämlich der Eigentümer, der nicht der per-

sönliche Schuldner ist, den Hypothekengläubiger, so geht die Hypothek als Eigentümerhypothek auf ihn über (§ 1143 BGB). Erlischt die Forderung oder verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so verwandelt sich die letztere in eine Grundschuld und der Eigentümer erwirbt diese als Eigentümergrundschuld (§§ 1177, 1163, 1168 BGB.). Hieraus ergibt sich, daß der Eigentümer dabei interessiert ist, wenn ein Hypothekar seinen Vorrang zugunsten eines andern aufgeben und dadurch den Rang seiner Post verschlechtern will. Zur Beleuchtung dieses Interesses des Eigentümers möge folgendes Beispiel dienen: Auf einem Grundstück ist außer anderen Hypotheken an erster Stelle eine Hypothek mit sehr drückenden Bedingungen eingetragen. Dem Eigentümer wird von einer Bank das Geld unter bedeutend günstigeren Bedingungen zugesichert, aber nur zur ersten Stelle, die ja dem Eigentümer nach Bezahlung der Post zur Verfügung steht, da er diese mit der Bezahlung erwirbt. Wird nun von dem jetzigen Gläubiger der Hypothek mit dieser einer andern, vielleicht unter sehr günstigen Bedingungen eingetragenen, der Vorrang eingeräumt, so kann der Eigentümer nicht mehr die Verfügung über die erste Stelle erlangen, und die Bank zieht ihr Anerbieten zurück. Abgesehen hiervon hat der Eigentümer auch ein Interesse daran, welche Hypothek bei der Zwangsversteigerung befriedigt oder übernommen wird. Wird mit einer Hypothek, für die er auch als persönlicher Schuldner haftet, einer anderen, für die

er nicht persönlich verhaftet ist, der Vorrang eingeräumt und reicht der Erlös bei der Zwangsversteigerung nicht für beide aus, so bleibt er für die zurücktretende Post persönlich verhaftet, während er ohne die Vorrangseinräumung von beiden Schulden befreit würde, da in diesem Falle die vortretende Post ausfiele, für die er nicht als persönlicher Schuldner haftet.

Um das Interresse des Eigentümers zu wahren und ihn vor Schädigungen zu schützen, verlangt das BGB. zur Wirksamkeit der Rangänderung die Zustimmung des Eigentümers. Dieselbe ist auch dann erforderlich, wenn beide Hypotheken, sowohl die zurücktretende als auch die vortretende, demselben Gläubiger zustehen. Entbehrlich ist sie nur, wenn eine Hypothek geteilt und das Rangverhältnis der Teilhypotheken untereinander geändert werden soll (§ 1151 BGB.), weil es sich hier nicht um die Rangänderung verschiedener Berechtigungen, sondern um die Reihenfolge der Anteile mehrerer an einem Rechte Beteiligter handelt[1]) und deshalb der Eigentümer durch die Rangänderung nicht geschädigt wird. Steht das Eigentum an dem Grundstück nicht einem einzelnen, sondern mehreren zu, so ist selbstverständlich die Zustimmung aller erforderlich. Sind aber die Hypotheken nur auf dem Anteil eines Miteigentümers eingetragen, was nach § 1114 BGB. zulässig ist, so ist nur dessen Zustimmung nötig, ebenso, wenn die zurücktretende Post an dem ganzen Grundstück, die vortretende aber nur an dem

[1]) Prot. S. 95 ff.

Anteil eines Miteigentümers besteht, da in diesem Falle die Rangänderung nur bezüglich des einen Eigentumsanteils gelten kann, der ja auch für die ganze Hypothek haftet nach Art der Haftung eines Grundstücks für eine Gesamthypothek.

2. Ist die zurücktretende Hypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist auch dessen Zustimmung erforderlich, da auch dieses Recht, wie ohne weiteres klar ist, durch die Rangänderung berührt wird. Derartige Rechte sind der Nießbrauch und das Pfandrecht. Beide können an einer Buchhypothek nur durch Einigung und Eintragung, an einer Briefhypothek nur durch Nießbrauch- oder Pfanderklärung in schriftlicher Form, deren Mangel durch Eintragung ersetzt werden kann, und Übergabe des Hypothekenbriefes bestellt werden (§§ 1069, 1274, 1154, 873 BGB.).

3. Der Grundstückseigentümer und der Drittberechtigte sind nicht Vertragschließende; es wird nicht ihre Beteiligung an dem dinglichen Vertrag, der Einigung, sondern nur ihre Zustimmung zur Rangänderung verlangt. Dieselbe kann vor oder nach der Einigung erteilt werden, und für ihre Wirksamkeit ist es auch gleichgültig, ob sie vor oder nach der Eintragung erfolgt. Da aber die Rangänderung, wie im § 4 ausgeführt ist, gemäß § 19 GBO. nur eingetragen werden soll, wenn die Eintragung außer von dem zurücktretenden Hypothekar auch von dem Grundstückseigentümer und dem Drittberechtigten bewilligt ist, so wird

sie regelmäßig dieser vorangehen müssen, da sonst die Eintragung nicht herbeigeführt werden kann.

Die Zustimmung ist, wenn sie auch in bezug auf die Rangänderung erfolgt, ein selbständiges Rechtsgeschäft, und zwar eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie kann in beiden Fällen dem Grundbuchamt gegenüber erklärt werden. Die Zustimmung des Eigentümers kann außerdem einem der Beteiligten (§ 880 BGB.), d. h. jedem der beiden Hypothekare gegenüber, die Zustimmung des Drittberechtigten aber nur dem gegenüber, zu dessen Gunsten sie erfolgt (§ 876 BGB.), d. i. der vortretende, nicht aber der zurücktretende Hypothekar, erklärt werden. Im übrigen finden auf sie die Vorschriften des allgemeinen Teiles des BGB. über Geschäftsfähigkeit, Willenserklärungen, Bedingung und Zeitbestimmung, sowie über Einwilligung und Genehmigung Anwendung. Sie wird also, wenn sie einem Abwesenden gegenüber abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie diesem zugeht, es sei denn, daß ihm vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht (§ 130 Abs. 1 BGB.), und auf ihre Wirksamkeit ist es ohne Einfluß, wenn der Zustimmende nach der Abgabe, wenn auch vor dem Zeitpunkt, in welchem sie dem Empfänger zugeht, stirbt oder geschäftsunfähig wird (§ 130 Abs. 2 BGB.). Während aber regelmäßig die vorherige Zustimmung bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts, zu dessen Wirksamkeit sie erforderlich ist, widerrufen werden kann (§ 183 BGB.), ist sowohl die Zustimmung des Grund-

stückseigentümers wie die des Drittberechtigten unwiderruflich (§§ 880, 876 BGB.). Die Unwiderruflichkeit tritt aber natürlich erst mit dem Wirksamwerden, nicht schon mit der Abgabe der Erklärung ein. Wird diese einem Abwesenden gegenüber abgegeben, so ist sie also bis zu dem Zeitpunkt widerruflich, wo sie diesem zugeht, nur muß auch der Widerruf spätestens mit der Erklärung eintreffen.

Eine Form ist für die Zustimmung in keinem Falle vorgeschrieben; sie ist also auch dann wirksam und daher unwiderruflich, wenn sie formlos erteilt wird; sie kann auch stillschweigend erfolgen. Eine Eintragung ins Grundbuch, zu deren Voraussetzungen zwar nicht die materielle Zustimmung als solche, wohl aber die auch diese enthaltende Eintragungsbewilligung des Eigentümers und des Drittberechtigten gehört, kann aber, sofern nicht noch eine besondere Eintragungsbewilligung erteilt wird, nur erfolgen, wenn die Zustimmung entweder vor dem Grundbuchamt zu Protokoll erklärt wird oder in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde enthalten ist (§ 29 GBO.).

Die Zustimmung ist nicht auf die Begründung einer Verpflichtung gerichtet, sie ist ein abstraktes, dingliches Rechtsgeschäft; insoweit finden also auch die für die Einigung in § 3 Z. 2, 3 entwickelten Grundsätze auf sie entsprechende Anwendung. Eine Klage auf Nachholung der zur Eintragung notwendigen Förmlichkeiten kann hiernach auf die formlose, wenn

auch bindende Zustimmung nicht gestützt werden.[1]) Hierzu muß vielmehr auf das obligatorische Rechtsgeschäft, wenn ein solches vorliegt, zurückgegangen werden. Ist ein Kausalgeschäft nicht vorhanden, so kann der vortretende Gläubiger auf Anerkennung der Tatsache klagen, daß die Zustimmung zur Rangänderung und folgerichtig auch zur Eintragung derselben erteilt ist. Das obsiegende Urteil ersetzt dann die nach § 29 GBO. zur Eintragung erforderliche Form.[2])

§ 6.

II. Wirkungen der Rangänderung.

a) Wirkungen im allgemeinen.

Durch die gemäß § 880 BGB. vollzogene Vorrechtseinräumung werden nicht obligatorische Beziehungen zwischen den Gläubigern der Hypotheken, deren Rang geändert worden ist, geschaffen, etwa dahingehend, daß der zurücktretende Gläubiger verpflichtet wird, den Vorrang seiner Hypothek bei einer Kollision beider Rechte zugunsten des vortretenden Gläubigers nicht geltend zu machen, wie das die herrschende Ansicht für das preußische Recht annahm, eine derartige Vorrechtseinräumung hat vielmehr dingliche Wirkung, d. h. sie bewirkt eine auch Dritten gegenüber wirksame Rangänderung. Dies ergibt sich schon aus dem

[1]) A. M. Fuchs, Bem. B 5 bb zu § 880 u. Nr. 7 zu § 876 BGB.; Böhm, Bem. III D zu § 876 BGB.

[2]) Vgl. Turnau-Förster, Bd. I Bem. II, 3 zu § 876 BGB.

vom BGB. an die Spitze des § 880 gestellten Satz: „Das Rangverhältnis kann nachträglich geändert werden.“ Handelte es sich um ein Rechtsgeschäft mit bloß obligatorischen Wirkungen, so wäre eine solche ausdrückliche Zulassung überflüssig gewesen. Denn für das Obligationenrecht gilt grundsätzlich Vertragsfreiheit. Anders im Sachenrecht! Für dieses gilt der Grundsatz der rechtsgeschäftlichen Handlungsfreiheit nicht, vielmehr können nur solche Rechte als dinglich begründet werden, deren Begründung das Gesetz besonders zuläßt. Wollte also das BGB. die Rangänderung als sachenrechtliches Rechtsgeschäft behandeln, so mußte es dieselbe ausdrücklich für zulässig erklären. Damit aber, daß es dies getan hat, gibt es auch zu erkennen, daß es dem Institute nicht bloß obligatorische, sondern dingliche Wirkungen beigelegt wissen will. Dementsprechend stellt es auch für die Wirksamkeit der Rangänderung die für die Begründung der dinglichen Rechte und die Änderung ihres Inhalts geltenden Erfordernisse auf.

Die dingliche Wirkung der Rangänderung äußert sich nicht in der Weise, daß etwa der vortretende Hypothekar ein Recht an der zurücktretenden Hypothek erwirbt, auch nicht in der Weise, daß der Gläubiger der letzteren in der Verfügung über seine Post beschränkt wird; auch werden nicht die vortretende und die zurücktretende Hypothek gegeneinander ausgetauscht. Durch die Vorrechtseinräumung des § 880 BGB. wird vielmehr eine objektive Rangänderung, eine

Änderung des Rangzustandes bewirkt, dergestalt, daß der Rang der zurücktretenden Hypothek sich von dieser löst und auf die vortretende Post übergeht, wogegen jene den Rang der letzteren erhält. Sie gewährt dem vortretenden Hypothekar eine dinglich gesicherte, von der Verfügung des zurücktretenden unabhängige, auch Dritten gegenüber wirksame Stellung. Es wird so angesehen, als sei die vortretende Post von vornherein an der Stelle der zurücktretenden eingetragen gewesen.[1])

Wird nur vor einem Teile der zurücktretenden Hypothek einer anderen das Vorrecht eingeräumt, so ist für das Rangverhältnis der letzteren, soweit sie hier in Betracht kommt, und des von der Rangänderung ausgeschlossenen Teiles der ersteren in erster Linie die bei der Vorrechtseinräumung getroffene Abrede maßgebend, die zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung ins Grundbuch bedarf. In Ermangelung einer solchen Abrede sind beide gleichberechtigt und werden bei der Zwangsversteigerung anteilsmäßig befriedigt.

Wird mit einer Post gleichzeitig mehreren Posten der Vorrang eingeräumt, so erhalten die mehreren Posten den Rang der zurücktretenden Post zu gleichem Rechte und werden in Höhe derselben bei der Zwangsversteigerung aus den Kaufgeldern anteilsmäßig befriedigt. Es wird so angesehen, als wären sie alle unter der Nummer der zurücktretenden Post eingetragen. Da aber zwischen mehreren unter einer Nummer eingetragenen Posten ein Rangverhältnis nicht besteht,

[1]) Jahrb. f. Entsch. des K.G. Bd. 20 S. A. 183.

so folgt daraus, daß sie gleichberechtigt sein müssen. Eine anderweite rechtsgeschäftliche Regelung ist natürlich statthaft. Dieselbe kann gleichzeitig mit der Vorrechtseinräumung durch Beifügung einer entsprechenden Bestimmung oder nach derselben erfolgen.

Anders verhält es sich, wenn zunächst der einen Post der Vorrang eingeräumt ist und dann erst für die zweite der Vorrang eingetragen werden soll. In diesem Falle kann von einer Gleichberechtigung zwischen den beiden Hypotheken natürlich nicht die Rede sein. Denn der Gläubiger der zurücktretenden Hypothek war bei der zweiten Vorrechtseinräumung bereits durch die erste beschränkt. Da er aber nicht mehr Rechte übertragen kann, als ihm selbst zustehen, so kann er die zweite Vorrangseinräumung nur unbeschadet der ersten bewilligen. Der vortretende Gläubiger der ersteren kann also seinen Vorrang erst nach dem der letzteren geltend machen.[1])

Bei einer derartigen zweimaligen Vorrechtseinräumung wirft sich auch die Frage auf, ob nicht die zweite überhaupt an die Zustimmung des Gläubigers, zu dessen Gunsten die erste stattgefunden hat, gebunden ist, eine Frage, die wir uns schon bei der allgemeinen Betrachtung der Voraussetzungen der Rangänderung gestellt haben, deren Beantwortung wir aber bis jetzt aufgeschoben haben. Ist die zurücktretende Hypothek bei der ersten Vorrechtseinräumung nicht ihrem vollen Umfange nach, sondern nur mit einem

[1]) Jahrb. f. Entsch. des K. G. a. a. O.

bestimmten Teile zurückgetreten, und räumt sie jetzt einer dritten Hypothek mit dem Reste den Vorrang ein, so wird man die oben gestellte Frage ohne weiteres verneinen können. Denn jedenfalls ist der zurücktretenden Hypothek der Vorrang hinsichtlich des die erste Vorrechtseinräumung übersteigenden Betrages verblieben. Die Vorrechtseinräumung mit dem Reste stellt sich also nicht anders dar als eine erste Vorrechtseinräumung; der vortretende Hypothekar erlangt den Rang des von der ersten Rangänderung ausgeschlossenen Teiles der zurücktretenden Hypothek. Zweifel können sich aber dann erheben, wenn bei der ersten Rangänderung mit der zurücktretenden Hypothek der Vorrang schlechthin eingeräumt ist, und nunmehr in gleicher Weise einer dritten Hypothek der Vorrang eingeräumt wird. Der Unterschied zwischen dem vorerwähnten Fall und diesem besteht darin, daß dort mit zwei ganz verschiedenen Teilen der zurücktretenden Hypothek, also gewissermaßen mit zwei verschiedenen Hypotheken, der Vorrang bewilligt wird, während hier sowohl die erste wie die zweite Rangänderung dieselbe ganze Hypothek betrifft. Auch hier wird man indessen annehmen müssen, daß eine Zustimmung des aus der ersten Rangänderung begünstigten Gläubigers zur Vornahme der zweiten nicht erforderlich ist. Jedenfalls kann sie nicht unter dem Gesichtspunkte des § 876 BGB. verlangt werden, da der erstbegünstigte Hypothekar aus der ersten Vorrechtseinräumung kein Recht an der zurücktretenden Hypothek erworben hat.

Er wird auch durch die zweite nicht berührt. Denn der zurücktretende Gläubiger hat durch die erste Rangänderung seinen Vorrang vor der erstbegünstigten Post aufgegeben. Er kann also der dritten Hypothek nur seinen jetzigen Rang hinter der erstbegünstigten Post einräumen. Die letztere wird somit durch die zweite Rangänderung nicht beeinträchtigt; es ist daher auch kein Grund vorhanden, diese von der Zustimmung des erstbegünstigten Gläubers abhängig zu machen.

b) Die Wirkungen der Rangänderung im einzelnen.

1. Anwendung der Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens.

Gemäß § 893 BGB. finden die Vorschriften des § 892 über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs entsprechende Anwendung, wenn zwischen demjenigen, für welchen ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, und einem Anderen in Ansehung dieses Rechts ein nicht unter § 892 fallendes Rechtsgeschäft, nämlich Erwerb eines Rechtes an einem Grundstück oder eines Rechtes an einem solchen Rechte, vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält. Durch die Rangänderung wird, da sie ein dingliches Rechtsgeschäft ist, über die zurücktretende Hypothek verfügt. Es müssen also auch auf sie die Vorschriften des § 892 BGB. über den Schutz des guten Glaubens Anwendung finden. Die zurücktretende Hypothek gilt

daher dem vortretenden Gläubiger gegenüber, auch wenn sie von vornherein ungültig war, als zu Recht bestehend, es sei denn, daß er sich zur Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung oder, wenn die Einigung erst später erfolgte, zur Zeit dieser nicht in gutem Glauben hinsichtlich des Bestehens der zurücktretenden Post befand. Die Rangänderung wird durch die Löschung der zu Unrecht eingetragenen zurücktretenden Hypothek nicht betroffen, die vortretende Post behält den durch sie erlangten Vorrang. Ebenso muß die vortretende Hypothek dem redlichen Erwerber gegenüber als zu Recht bestehend gelten, wenn sie auch von Anfang an nichtig war. Desgleichen erwirbt der redliche Erwerber der vortretenden Hypothek diese mit dem ihr eingeräumten Vorrange, auch wenn die Rangänderung z. B. infolge Mangels oder Nichtigkeit der Einigung ungültig war. Die Anwendbarkeit des § 892 BGB. setzt aber voraus, daß die Eintragung formell gültig ist. Ist dies nicht der Fall, ist die Eintragung an sich nichtig, so kann sich der Erwerber auf seinen guten Glauben nicht berufen, da hier die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs mangels einer rechtsgültigen Eintragung nicht Platz greifen können.

Einer von vornherein nichtigen Hypothek oder Rangänderung steht eine anfechtbare gleich, wenn die Anfechtung erfolgt ist (§ 142 BGB). Der gute Glaube des Erwerbers ist in diesem Falle durch die Kenntnis der Anfechtbarkeit ausgeschlossen (§ 142 Abs. 2 BGB.).

2. Wirkung auf die zurücktretende Post. Einfluß der Aufhebung derselben auf die Rangänderung.

Durch die Rangänderung verliert der zurücktretende Hypothekar seinen Vorrang und tritt an die Stelle der vortretenden Post zurück. Ist der Vorrang nur mit einem Teile der zurücktretenden Post eingeräumt, so gilt dies nur hinsichtlich dieses Teiles. Der letztere und ein von der Vorrangseinräumung nicht betroffener Teil der vortretenden Hypothek sind, sofern nicht die Teile näher bestimmt sind oder aus einer besonderen Abrede oder den Umständen sich ein Anderes ergibt, gleichberechtigt. Ist die vortretende Post größer als die zurücktretende, so entsteht die Frage, ob der die letztere übersteigende Betrag der ersteren vor oder hinter die zurücktretende Post tritt oder mit dieser gleichberechtigt ist. Die Entscheidung derselben hängt davon ab, ob der zurücktretende Gläubiger der ganzen vortretenden Post oder nur einem Teile und welchem den Vorrang hat einräumen wollen. Hat er dem vortretenden Gläubiger den Vorrang schlechthin eingeräumt, dann ist anzunehmen, daß er hinter die ganze vortretende Post zurücktreten wollte; seine Post tritt also auch hinter den diese übersteigenden Betrag der vortretenden Post zurück. Weitere Änderungen des Inhalts der zurücktretenden Post hat die Vorrechtseinräumung nicht zur Folge; insbesondere erwirbt, wie schon erwähnt, der vortretende Gläubiger kein Recht an ihr; auch wird der zurücktretende Hypothekar in der Verfügung über seine Post nicht beschränkt. Er

bleibt vielmehr nach wie vor befugt, über dieselbe durch Einziehung, Verzicht, Erteilung der Löschungsbewilligung usw. zu verfügen, und zwar ohne Zustimmung des vortretenden Hypothekars.

Eine rechtsgeschäftliche Aufhebung der zurücktretenden Hypothek hat aber den Verlust des erlangten Vorranges, wie im Abs. 4 des § 880 BGB. ausdrücklich hervorgehoben ist, nicht zur Folge. Die Vorschrift, eine Folge der dinglichen Wirkung der Rangänderung, ist in das BGB. aufgenommen, um zu verhüten, daß der Eigentümer den zurücktretenden Gläubiger befriedigt, dessen Recht zur Löschung bringt und damit dem vortretenden Gläubiger die Möglichkeit benimmt, den ihm abgetretenen Vorrang geltend zu machen.[1]) In ihr kommt die dingliche Wirkung der Rangänderung erst voll zur Geltung. Würden durch diese nur obligatorische Beziehungen erzeugt, dann müßte ihre Wirkung stets von dem Bestande der zurücktretenden Post abhängig sein und mit der Aufhebung derselben gegenstandslos werden. Zur eigentlichen Bedeutung kommt die Vorschrift aber erst dann, wenn zwischen der zurücktretenden und der vortretenden Post andere Posten stehen. Folgen beide unmittelbar aufeinander, so hat eine Aufhebung der zurücktretenden Post in tatsächlicher Hinsicht auch dann keinen Einfluß auf den der vortretenden Post eingeräumten Vorrang, wenn die Vorrechtseinräumung nur obligatorische Wirkungen hat. Wenn auch in letzterem Falle die Vorrechtsein-

[1]) Prot. III S. 97 ff.

räumung gegenstandslos wird, so erwirbt doch die vortretende Post den Rang der zurücktretenden, da sie infolge der Aufhebung der letzteren kraft rechtlicher Notwendigkeit in deren Stelle vorrückt. Ein Unterschied zwischen der obligatorisch und der dinglich wirkenden Vorrangseinräumung besteht also in diesem Falle, wenigstens soweit eine rechtsgeschäftliche Aufhebung der zurücktretenden Post in Betracht kommt, nur in rechtlicher Hinsicht. Denn während bei der obligatorisch wirkenden Vorrechtseinräumung die vortretende Post den Vorrang nur infolge ihres Rechts auf Vorrücken, nicht aber auf Grund der Vorrechtseinräumung behält, bleibt bei der dinglichen Rangänderung der vortretenden Post ihr Vorrang infolge der Rangänderung, so daß sie nicht auf das Vorrücken angewiesen ist.

Anders gestaltet sich aber die Sache beim Vorhandensein von Zwischenhypotheken. Wird in diesem Falle die zurücktretende Post aufgehoben, so rücken, wenn die Vorrechtseinräumung keine Änderung des Rangzustandes bewirkt, sondern nur obligatorische Beziehungen schafft, da das Recht aus der Vorrechtseinräumung hinfällig geworden ist, die Zwischenhypothekare vor, und zwar rückt der erste derselben in die Stelle der zurücktretenden Post ein. Anders bei der dinglichen Rangänderung des § 880 BGB.! Durch diese ist der Rangzustand in der Weise geändert worden, daß der Rang der einen Post auf die andere und umgekehrt übergegangen ist. Der so erworbene

Vorrang geht der vortretenden Post infolge der rechtsgeschäftlichen Aufhebung der zurücktretenden, z. B. der auf Bewilligung der Hypothekenforderung beruhenden Löschung gemäß Abs. 4 § 880, nicht verloren. Er bleibt bestehen, trotzdem mit der Löschung der Post auch der bei ihr eingetragene Rangvermerk gelöscht wird; denn die Rangänderung bleibt aus dem bei der vortretenden Hypothek eingetragenen Vermerk ersichtlich. Daher wird auch die Stelle, an welcher die zurücktretende Post eingetragen war, nicht frei und die Zwischenhypothekare können nicht vorrücken.

Diese Unabhängigkeit des durch die Rangänderung begründeten Vorranges der vortretenden Hypothek von dem Schicksale der zurücktretenden gilt aber nur für den Fall der rechtsgeschäftlichen Aufhebung der letzteren. Im zweiten Entwurf des BGB. war dem Rechtsgeschäft das Urteil gleichgestellt. Dies ist aber in der Bundesratsvorlage gestrichen worden. Ein Urteil kann sowohl als rechtsgeschäftliche wie als gesetzliche Aufhebung anzusehen sein, je nachdem es die richterliche Feststellung eines Rechtsgeschäfts oder eines kraft Gesetzes wirkenden Ereignisses ist. Erfolgt die Aufhebung der zurücktretenden Post nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes, so wird mit derselben auch die Vorrangseinraumung gegenstandslos. Insofern bleibt also der durch die Rangänderung begründete Vorrang der vortretenden Post von dem Bestande der zurücktretenden Post abhängig. Fälle nicht rechtsgeschäftlicher Aufhebung einer Hypothek sind: der

Eintritt einer auflösenden Bedingung, die Befriedigung einer Korrealhypothek aus einem anderen mitverhafteten Grundstücke, das Freiwerden der für eine Gesamthypothek mitverhafteten Grundstücke im Falle der §§ 1173—1175, 1181 Abs. 2 BGB. Wird also mit einer Gesamthypothek einer anderen Hypothek der Vorrang eingeraumt, und wird die Gesamthypothek von dem Eigentümer eines der anderen für sie mithaftenden Grundstücke befriedigt, so geht der für die vortretende Hypothek durch die Vorrangseinraumung begründete Vorrang verloren, da die Gesamthypothek auf den übrigen für sie mithaftenden Grundstücken kraft Gesetzes erlischt (§ 1173 Abs. 1 BGB.; eine Ausnahme hiervon enthält Abs. 2 § 1173).

3. Die Rangänderung und der Grundstückseigentümer.

Der Eigentümer erwirbt aus der Rangänderung nicht wie beim Rangvorbehalt das Recht, die Eintragung einer Hypothek mit dem Vorrange vor der zurücktretenden Post zu bewilligen, dies schon um deswillen nicht, weil zur Wirksamkeit der Rangänderung erforderlich ist, daß auch die vortretende Post spätestens mit der Rangänderung zur Entstehung gelangt, also eingetragen wird. Die Rangänderung bezweckt nicht die Änderung eines erst später entstehenden, sondern eines schon bestehenden oder spätestens mit ihr entstehenden Zustandes. Die Stellung des Eigentümers wird durch sie an sich nicht geändert. Sie übt ihre Wirkung auf ihn nur in besonderen Fällen

aus. Dies ist des Näheren schon bei der Betrachtung der Zustimmung des Eigentümers als Erfordernis zur Herbeiführung der Rangänderung im § 5 ausgeführt worden. Es ist daher hier nur noch darauf hinzuweisen, daß der Eigentümer an die Rangänderung gebunden ist. Er erwirbt somit die an dieser beteiligten Hypotheken nicht mit dem Range, der ihnen ursprünglich zustand, also die zurücktretende mit dem Range vor der vortretenden, sondern mit dem Range, den sie durch die Vorrechtseinräumung erhalten haben.

4. Wirkung der Rangänderung auf die Zwischenrechte.

Die Zustimmung der Zwischenberechtigten ist zur Wirksamkeit der Rangänderung nicht erforderlich. Diese dürfen daher durch die neue Rangordnung, welche ohne ihr Zutun begründet ist, in ihrer Rechtslage nicht beeinträchtigt werden. Dementsprechend bestimmt das BGB. im Abs. 5 des § 880: „Rechte, die den Rang zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte haben, werden durch die Rangänderung nicht berührt.“ Die Vorschrift kann allerdings nicht wörtlich aufgefaßt werden; dann würde sie mit der wirklichen Sachlage und den Wirkungen welche das BGB. der Rangänderung beilegt, in Widerspruch stehen. Denn völlig ohne jeden Einfluß auf die Interessen der Zwischenberechtigten bleibt die Rangänderung nicht. Dies liegt eben in der Natur der Zwischenrechte, in ihrer Beschränkung durch das Vorhandensein der vorgehenden Hypothek, so daß jede

Veränderung bei der letzteren auf sie einzuwirken vermag. Es kann ihnen deshalb auch nicht gleichgültig sein, welche Post ihnen vorgeht. Daraus folgt aber, daß die Vorrechtseinräumung sie stets, wenigstens in tatsächlicher Hinsicht berührt. Denn anstelle der ihnen bisher vorgehenden zurücktretenden Post tritt infolge der Rangänderung die vortretende, eine Tatsache, die den Zwischenposten schon deshalb nicht gleichgültig sein kann, weil die vortretende Post vielleicht unter ganz anderen Nebenbestimmungen eingetragen ist als die zurücktretende. Weitere Einflüsse der Vorrechtseinräumung ergeben sich aus Abs. 4 § 880 BGB. Für jede Zwischenhypothek besteht infolge der jeder Hypothek gegenüber bestehenden Haftung des ganzen Grundstücks die Möglichkeit, im Range vorzurücken, wenn die vorgehende Hypothek wegfällt. Auf dieses Vorrücken haben die Zwischenrechte nicht bloß eine Hoffnung, sondern ein Recht,[1]) das in seiner Verwirklichung nur behindert ist durch das Vorhandensein der vor ihnen eingetragenen Hypothek, und zwar grade dieser individuell bestimmten Hypothek. Infolge der Rangänderung tritt aber anstelle der ihnen bisher vorhergehenden zurücktretenden Post die vortretende mit der Wirkung, daß eine rechtsgeschäftliche Aufhebung der ersteren den für die letztere begründeten Vorrang nicht beseitigt. Während also ohne die Vorrechtseinräumung die Zwischenrechte jetzt vorgerückt wären, sind sie

---

[1]) Vgl. Schöller S. 9.

infolge der Rangänderung hieran durch das Vortreten der durch diese begünstigten Post gehindert. Es kann somit nicht verkannt werden, daß auch die Rechtssphäre der Zwischenberechtigten durch die Rangänderung nicht unberührt bleibt.[1]) Man wird daher die Vorschrift des Abs. 5 § 880 BGB. dahin einschränken müssen, daß die Rechte der Zwischenberechtigten, abgesehen von den aus Abs. 4 § 880 sich ergebenden Fällen, durch die Rangänderung nicht berührt werden dürfen.

Welches sind aber diese Rechte?

a) Das wichtigste aus der Hypothek sich ergebende Recht ist der Anspruch auf Befriedigung aus dem durch den Verkauf des belasteten Grundsücks erzielten Erlös. Dieser Anspruch ist für die nachstehenden Berechtigten beschränkt durch die Rechte des voreingetragenen Hypothekars. Sie können Befriedigung nur verlangen, wenn und insoweit der Erlös den Betrag der vorgehenden Hypothek übersteigt. Soweit dies aber der Fall ist, haben sie auf den Überschuß, die hyperocha, ein unbedingtes, ausschließliches Recht, das durch den vorgehenden Hypothekar nicht beeinträchtigt werden kann.

b) Um den Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück herbeiführen zu können, steht jedem Hypothekar das Recht zu, die Zwangsversteigerung des Grundstücks herbeizuführen. Während aber der erste

[1]) Vgl. Fuchs, Bem. 8 zu § 880 S. 97.

Hypothekar hierzu ohne Rücksicht auf die nachstehenden Berechtigten befugt ist, steht den letzteren dieses Recht nur zu unbeschadet der Rechte der ihnen vorgehenden Berechtigten, da sie nur ein durch die Rechte dieser beschränktes Recht an dem Grundstück erworben haben. Die Rechte der vorgehenden Berechtigten dürfen also durch den von einem nachstehenden Hypothekar betriebenen Pfandverkauf nicht berührt werden, der Verkauf darf ohne Übernahme oder Befriedigung dieser Rechte nicht erfolgen. Deshalb wird vor Beginn der Zwangsversteigerung das geringste Gebot festgesetzt, das die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Rechte umfaßt, und unter dem darf der Zuschlag nicht erteilt werden darf.

c) Wie nun jeder dem den Pfandverkauf betreibenden Gläubiger vorgehende Berechtigte verlangen kann, in das geringste Gebot aufgenommen zu werden, so kann er andrerseits verlangen, daß bei einem durch ihn betriebenen Pfandverkauf nur diejenigen Rechte in das geringste Gebot aufgenommen werden, welche ihm vorgehen. Denn nur durch diese ist er in der Ausübung seiner Rechte beschränkt. Die übrigen Berechtigten sind ihm gegenüber gleichsam als nicht vorhanden anzusehen und können ihn in der Ausübung seiner Rechte nicht hindern, also auch keine Berücksichtigung verlangen, die eine seinen Rechten widersprechende Beeinträchtigung des betreibenden Gläubigers enthalten würde.

d) Die Beschränkung des an zweiter und späterer

Stelle eingetragenen Berechtigten ist aber keine absolute, endgültige, sondern besteht nur solange, als die vorhergehende Post vorhanden ist. Geht diese unter, so fällt auch die durch sie vorhandene Beschränkung der ihr im Range nachstehenden Posten ohne weiteres fort und die letzteren rücken von selbst vor. Auf dieses Vorrücken haben die nachstehenden Hypothekare, wie schon auf S. 83 erwähnt, nicht bloß eine Hoffnung, sondern ein Recht, welches seinen Grund hat in der jeder Post gegenüber bestehenden Haftung des ganzen Grundstücks.

Die Rechte der Zwischenberechtigten — um sie noch einmal zusammenzufassen — sind also: das Recht auf die den Betrag der zurücktretenden Hypothek übersteigende hyperocha, die Befugnis, den Pfandverkauf auszuüben unter der Kaufbedingung eines geringsten Gebotes, welches den Betrag der zurücktretenden Hypothek nicht übersteigt, das Recht, durch den von einem nachstehenden Gläubiger betriebenen Pfandverkauf unberührt zu bleiben, sowie das Recht, bei einer Aufhebung der zurücktretenden Post vorzurücken.[1])

Kommen wir nun auf die Rangänderung zurück, so ergibt sich aus dem Vorhergesagten, daß die vortretende Hypothek den Vorrang vor den Zwischenberechtigten nur in Höhe des Betrages der zurücktreten den

---

[1]) Schöller S. 48.

Hypothek erlangen kann, daß sie also hinsichtlich eines die letztere übersteigenden Betrages nicht vor den Zwischenrechten Befriedigung beanspruchen kann. Soweit die zurücktretende Hypothek ihren Vorrang auf die vortretende übertragen hat, also, soweit nicht die Vorrechtseinräumung einen niedrigeren Betrag betrifft, in Höhe des Betrages der letzteren, muß sie hinter die Zwischenrechte zurücktreten. Die letzteren behalten den durch ihre Eintragung begründeten Vorrang vor der vortretenden Hypothek auch gegenüber der zurücktretenden. Wird diese kraft Gesetzes aufgehoben, so rücken die Zwischenrechte vor, und die Post, welcher durch die Rangänderung der Vortrag eingeräumt war, muß wieder zurücktreten; denn in diesem Falle geht ihr Vorrang wieder verloren. Die größte Bedeutung aber erlangt die Bestimmung des Abs. 5 § 880 BGB. bei der Zwangsversteigerung; hierüber ist unter Z. 5 zu sprechen.

Andrerseits können die Zwischenrechte durch die Vorrechtseinräumung auch nicht in ihrer Rechtslage verbessert werden. Fällt daher die vortretende Post später weg, mag sie durch Rechtsgeschäft oder kraft Gesetzes aufgehoben werden, so rücken sie nicht vor, sondern die zurücktretende Post erlangt wieder ihren ursprünglichen Vorrang zurück, als wenn eine Rangänderung überhaupt nicht stattgefunden hätte. Denn der zurücktretende Hypothekar wollte nicht auch hinter die Zwischenberechtigten zurücktreten, sondern nur der einen Post den Vorrang einräumen.

5. Wirkung der Rangänderung bei der Zwangsversteigerung.

α) Feststellung des geringsten Gebotes.

Gemäß § 45 Zw. Verst. Ges. ist ein Recht bei Feststellung des geringsten Gebotes insoweit, als es zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerks aus dem Grundbuch ersichtlich ist, nach dem Inhalt des Grundbuchs zu berücksichtigen. Hieraus folgt, daß die Rangänderung, auch wenn die zurücktretende Hypothek und mit ihr der bei ihr eingetragene Rangvermerk gelöscht ist, da sie noch aus dem bei der vortretenden Hypothek eingetragenen Vermerk ersichtlich ist, bei der Feststellung des geringsten Gebotes zu berücksichtigen ist. Einer diesbezüglichen ausdrücklichen Bestimmung, wie sie durch das Gesetz vom 30. 5. 1893 dem Preuß. Zw. Verst. Ges. zur Beseitigung der bestehenden Meinungsverschiedenheiten beigefügt wurde, bedurfte es daher nicht. Zweifel über die Berücksichtigung können auch bei der dinglichen Natur der Rangänderung gar nicht entstehen. — In das geringste Gebot sind außer den Kosten des Verfahrens die dem Anspruch des die Zwangsversteigerung betreibendem Gläubigers vorgehenden Rechte aufzunehmen (§ 44 Zw. Verst. Ges.). Es ist also bei der Frage nach der Aufnahme der vortretenden Hypothek in das geringste Gebot zu unterscheiden, von wem die Zwangsversteigerung betrieben wird. Es kommen hier drei Möglichkeiten in Betracht: Entweder ist betreibender

Gläubiger der zurücktretende Hypothekar oder der vortretende oder einer der Zwischenberechtigten.

$\alpha\alpha$) Wird die Versteigerung von dem Zurücktretenden Hypothekar betrieben, so ist die vortretende Hypothek, soweit sie die zurücktretende nicht übersteigt, in das geringste Gebot aufzunehmen. Denn der betreibende Gläubiger ist infolge der dinglich wirkenden Rangänderung hinter dieselbe zurückgetreten; sie geht also seinem Anspruche vor. Auch das Vorhandensein von Zwischenhypotheken hindert die Berücksichtigung der vortretenden Post nicht. Zwar kann man nicht sagen, daß die Zwischenrechte durch die Aufnahme der vortretenden Hypothek in das geringste Gebot nicht berührt werden; denn ohne die Rangänderung hätte die vortretende Hypothek so wenig wie die zurücktretende Berücksichtigung gefunden. Die Rechtslage der Zwischenposten wird aber durch die Aufnahme der vortretenden Hypothek nicht beeinträchtigt, sondern höchstens verbessert, da mit der Erhöhung des geringsten Gebotes die Barzahlung sich verringert, und damit die Verkäuflichkeit des Grundstücks sich erhöht; ein Widerspruch der Zwischenberechtigten wäre also nur aus dem letzteren Grunde möglich, indessen als chikanös unzulässig.[1]) — Die Zwischenrechte werden in das geringste Gebot nicht eingestellt, auch dann nicht, wenn die vortretende Post größer als die zurücktretende ist, oder beide gleich sind, und daher der zurücktretende Gläubiger vollständig an die Stelle des vortretenden,

[1]) Vgl. Fuchs, Bem. 9 zu § 880 BGB. S. 97.

also hinter die Zwischenrechte tritt. Denn die Einstellung der letzteren in das geringste Gebot würde eine Besserstellung derselben infolge der Rangänderung enthalten, die der Vorschrift des Abs. 5 § 880 BGB. wiederspräche.

ββ) Betreibt der vortretende Hypothekar die Versteigerung, so fällt natürlich seine Post außerhalb des geringsten Gebotes, und an sich müßte dies auch hinsichtlich der Zwischenposten und der zurücktretenden Post der Fall sein, da der betreibende Gläubiger durch die Rangänderung vor diese getreten ist. Hier greift aber hinsichtlich der Zwischenrechte die Bestimmung des Abs. 5 § 880 BGB. Platz. Ohne die Rangänderung würden diese dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehen, sie müßten also in das geringste Gebot aufgenommen werden. Würden sie nunmehr hiervon ausgeschlossen, so würde dies eine durch die Rangänderung hervorgerufene Beeinträchtigung ihrer Rechte sein, die gemäß Abs. 5 § 880 BGB. unstatthaft ist; sie müssen also in das geringste Gebot aufgenommen werden. Dieselben Erwägungen kommen auch für die zurücktretende Hypothek in Betracht. Diese ist zwar infolge der Rangänderung kein dem die Versteigerung betreibenden vortretenden Gläubiger vorgehendes Recht; würde sie aber von dem geringsten Gebote, in welches sie ohne die Rangänderung fallen würde, ausgeschlossen werden, so würden hierdurch die Zwischenberechtigten, die ein Interesse an möglichster Erhöhung des geringsten Gebotes haben, in ihren Rechten beeinträchtigt

werden; ihre Ausschließung würde also der Bestimmung des Abs. 5 § 880 BGB. widersprechen. Außerdem würde durch dieselbe auch der vortretende Gläubiger geschädigt werden. Er wollte und sollte durch die Rangänderung in den Stand gesetzt werden, Befriedigung an Stelle der zurücktretenden Post, also auch vor den Zwischenrechten, zu erlangen. Werden aber in das geringste Gebot nur die letzteren, nicht auch die zurücktretende Post aufgenommen, und übersteigt der Kaufpreis nicht das geringste Gebot, so fallen sowohl die vortretende wie die zurücktretende Post aus, ein Erfolg, der ohne die Rangänderung nicht herbeigeführt worden wäre und durch dieselbe sicherlich nicht herbeigeführt werden sollte. Fällt aber die vortretende Post in das geringste Gebot, so kann bei einem etwaigen Ausfall aus dem Bargebot der vortretende Hypothekar entsprechend der Vorrechtseinräumung Befriedigung oder Übernahme an Stelle der zurücktretenden Post verlangen. Man wird also annehmen müssen, daß der vortretende Gläubiger, dem die Rangänderung doch nur zum Vorteil gereichen sollte, die Aufnahme der zurücktretenden Post in das geringste Gebot (gemäß § 59 Zw.Verst.Ges.) verlangen kann.[1])

γγ) Betreibt ein Zwischenberechtigter die Zwangsversteigerung, so ist die vortretende Post bis zum Betrage der zurücktretenden und, wenn letztere größer als erstere ist, auch der diese übersteigende Teil jener in das geringste Gebot aufzunehmen. Ist die zurück-

[1]) Vgl. Fuchs, Bem. 9 zu § 880.

tretende Post dagegen kleiner als die vortretende oder gleich groß, so findet sie keine Berücksichtigung.

β) Verteilung des Versteigerungserlöses.

Folgen die zurücktretende und die vortretende Hypothek unmittelbar aufeinander, so gelangt, wenn die Vorrechtseinräumung keine Einschränkungen enthält, die vortretende Post in ihrer vollen Höhe vorweg und nach ihr die zurücktretende Post zur Hebung. Sind Zwischenposten vorhanden, so werden nacheinander die vortretende Post bis in Höhe der zurücktretenden und, wenn die letztere größer als die erstere ist, auch jene in Höhe des diese übersteigenden Betrages, sodann die Zwischenposten, nach diesen, wenn die vortretende Post größer als die zurücktretende und der ganzen vortretenden Post der Vorrang eingeräumt ist, diese wegen der Restforderung und schließlich die zurücktretende Post befriedigt. Lauten also die zurücktretende Post A sowohl wie die Zwischenposten B und C und die vortretende Post D je über 3000 Mk., und beträgt der Versteigerungserlös 10 000 Mk., so erhalten der Reihe nach (vorausgesetzt ist natürlich, daß den genannten Posten keine anderen vorgehen): D 3000 Mk., B und C auch je 3000 Mk. und A 1000 Mk. Lautet die Post A über 5000 Mk., die Zwischenposten B und C je über 3000 Mk. und die Post D auch über 3000 Mk., und beträgt der Versteigerungserlös 10 000 Mk., so erhalten der Reihe nach: D 3000 Mk., A 2000 Mk., B 3000 M. und C 2000 Mk. Lautet umgekehrt A über

3000 Mk. und D über 5000 Mk., so erhalten bei sonst gleichen Verhältnissen wie beim vorigen Beispiel: zunächst D 3000 Mk., sodann B und C je 3000 Mk., schließlich, wenn der ganzen Post D der Vorrang vor A eingeräumt ist, D noch 1000 Mk.; ist dagegen der Hypothek D der Vorrang vor A nur in Höhe der ersten 3000 Mk. eingeräumt, so erhält die letzten 1000 Mk. nicht D, sondern A.

Was die Frage anlangt, wer als befriedigt anzusehen ist, die vortretende oder die zurücktretende Hypothek, wenn der Versteigerungserlös nicht zur Befriedigung beider ausreicht, so folgt aus der oben dargelegten Wirkung der Rangänderung, daß die vortretende Hypothek nicht infolge Geltendmachung der zurücktretenden Post, sondern aus eigenem Rechte zur Hebung gelangt; wenn also für die letztere aus dem Versteigerungserlöse nichts übrig bleibt, so ist nur die erstere, nicht die letztere befriedigt. Dies ist praktisch besonders wichtig, wenn eine der beiden Hypotheken, deren Rang geändert worden ist, oder beide Gesamthypotheken sind. Denn gemäß §§ 1181 Abs. 2, 1182 BGB. werden, wenn eine Gesamthypothek aus einem der belasteten Grundstücke befriedigt wird, die übrigen Grundstücke frei, sofern nicht dem Eigentümer des versteigerten Grundstücks ein Ersatzanspruch gegen die Eigentümer derselben zusteht. Nach dem oben Gesagten erlischt also nicht die zurücktretende, sondern die vortretende Hypothek, wenn die Kaufgeldermasse nicht für beide ausreicht. Ganz anders gestaltet sich

die Sache aber dann, wenn außer der zurücktretenden Post auch eine Zwischenhypothek auf denselben Grundstücken als Gesamthypothek eingetragen ist. Würde hier der zurücktretende Hypothekar, nachdem seine Post auf dem erstversteigerten Grundstück infolge der Rangänderung ausgefallen ist, bei der Versteigerung des anderen Grundstücks an seiner ursprünglichen Stelle Befriedigung verlangen können, so wäre dies gleichbedeutend damit, als ob der Zwischenhypothekar, für den die belasteten Grundstücke ebenso wie für den zurücktretenden Gesamthypothekar ein einheitliches Pfandobjekt bilden, hinter die vortretende und die zurücktretende Hypothek zurückgedrängt würde, während ihm bisher nur die letztere vorging. Der Vorrang der letzteren würde in diesem Falle dem Zwischenhypothekar gegenüber zweimal geltendgemacht werden, einmal von der vortretenden Post anstelle der zurücktretenden und das zweite Mal von der letzteren selbst. Derselbe braucht sich aber nur eine einmalige Vorweg-Befriedigung der ihm vorgehenden Gesamthypothek aus den belasteten Grundstücken gefallen zu lassen; ob der zurücktretende Gläubiger dieses Vorzugsrecht selbst ausübt oder einem Anderen überläßt, ist gleichgültig. Die Rechte des Zwischenhypothekars dürfen durch die Rangänderung nicht berührt werden. Wird also aus dem erstversteigerten Grundstücke die vortretende Post anstelle der zurücktretenden befriedigt, so ist dem Zwischenhypothekar gegenüber das Vorzugsrecht der zurück-

tretenden Gesamthypothek auf allen mithaftenden Grundstücken erschöpft; die zurücktretende Post ist dem Zwischenhypothekar gegenüber als befriedigt anzusehen und kann bei der Versteigerung der anderen mithaftenden Grundstücke nicht Befriedigung vor diesem verlangen.[1]) Dies gilt natürlich nur insoweit, als die vortretende Post an Stelle der zurücktretenden befriedigt ist; soweit dies nicht der Fall ist, ist auch das Vorrecht der zurücktretenden Post nicht erschöpft.

§ 7.

III. Wesen der Rangänderung.

Wie oben S. 65 ff. ausgeführt, ist die Rangänderung ein sachenrechtliches Rechtsgeschäft, ein Geschäft mit dinglicher Wirkung. Hierüber herrscht kein Zweifel. Streitig aber ist, was als Inhalt des Geschäfts anzusehen ist. Um diesen zu bestimmen, ist es notwendig, auf den Gegenstand der Vorrechtseinräumung zurückzugehen. Gegenstand der Vorrechtseinräumung ist lediglich der Rang der Hypothek. Der Rang einer Hypothek aber bestimmt das Verhältnis derselben zu anderen Rechten, mit denen das Grundstück belastet ist; er ist eine Folgerung aus der Dinglichkeit der Hypothek, die Wirkung derselben gegen weitere Belastungen des Grundstücks,[2]) m. a. W. den Vorrang einer Hypothek ist die Befugnis des Hypothekengläubigers,

[1]) Vergl. Turnau-Förster, Bem. 7 zu § 880.
[2]) Vergl. Planck, Bem. I zu § 880.

andere, die gleichfalls ein Recht an dem belasteten Grundstücke haben, ihm aber im Range nachstehen, zurückdrängen. Der Rang ist also nicht eine selbständige Befugnis des Hypothekars in dem Sinne, daß er völlig unabhängig von der Hypothek, welcher er zusteht, übertragen werden kann. Im Verkehr aber hat sich infolge des Bedürfnisses, das Rangverhältnis nachträglich zu ändern, die Auffassung entwickelt, daß der Rang ein selbständiges wirtschaftliches Gut sei.[1]) Dieser Auffassung hat das BGB. in der Gestaltung der Rangänderung Rechnung getragen. Aus dieser, insbesondere aus der, wenigstens in der Hauptsache bestehenden, Unabhängigkeit der Rangänderung von dem Schicksale der zurücktretenden Hypothek, folgt, daß auch der Auffassung des BGB. der Rang von der Hypothek zu trennen ist.[2]) Danach kann der Rang auf ein anderes Recht übertragen werden. Diese Übertragbarkeit besteht allerdings, wie aus dem Wesen des Ranges sich ergibt, nur hinsichtlich eines solchen Rechts, das gleichfalls an dem mit der Hypothek belasteten Grundstücke besteht. Immerhin kann, wenigstens in beschränktem Sinne, von eine Abtretbarkeit des Ranges gesprochen werden. Hiernach ist die Vorrangseinräumung, durch welche der Vorrang der zurücktretenden Hypothek der vortretenden beigelegt wird, als eine Abtretung des Ranges anzusehen. Planck (Bem. II, 1 zu § 880 BGB.) wendet hiergegen ein, daß

[1]) Prot. 3 S. 98 f.
[2]) Prot. a. a. O.

bei der Rangänderung kein Wechsel in der Person der Berechtigten, sondern nur eine Änderung des Verhältnisses der Rechte untereinander stattfinde. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Rang sich nicht als ein bloß tatsächliches Verhältnis einer Hypothek zu den anderen an demselben Grundstück bestehenden Rechten, sondern als eine mit der Hypothek verbundene rechtliche Macht, ein Recht darstellt, nämlich das Recht, die nachstehenden Hypotheken zu verdrängen, daß also durch die Rangänderung ein Recht, das Rangrecht, von der Hypothek, mit welcher es bisher verbunden war, gelöst und einer anderen beigelegt wird, mithin auch ein Wechsel der Berechtigten eintritt. Freilich geht Planck von der Auffassung aus, daß der Rang „der Übertragung auf ein anderes Recht widerstrebt“,[1]) eine Auffassung, der, wie die obigen Ausführungen ergeben, nicht beigetreten werden kann. Durch die Rangänderung wird weiterhin nicht bloß der Vorrang der zurücktretenden Post auf die vortretende übertragen, sondern die erstere tritt auch, wie wir gesehen haben, an die Stelle der letzteren zurück, es geht also auch der Rang dieser auf jene über. Die Rangänderung ist daher als eine wechselseitige Abtretung des Ranges der beteiligten Posten anzusehen. Damit ist aber die Rangänderung noch nicht hinreichend charakterisiert. Wie im § 6 ausgeführt ist, wird die Vorrangseinräumung durch eine kraft Gesetzes erfolgte Aufhebung der zurücktretenden Post sowie durch jede Aufhebung

[1]) Planck, Bem. I zu § 880 BGB.

der vortretenden gegenstandslos, und die übrigbleibende Post erhält ihren ursprünglichen Rang zurück, als ob eine Vorrangseinräumung überhaupt nicht stattgefunden hätte. Man wird daher die letztere als ein auflösend bedingtes Rechtsgeschäft ansehen müssen. Die Bedingung, mit deren Eintritt die Wirkung der Rangänderung endigt, ist das kraft Gesetzes erfolgte Erlöschen der zurücktretenden und jedes Erlöschen der vortretenden Post. Dementsprechend stellt sich die Rangänderung dar als eine auflösend bedingte wechselseitige Abtretung des Ranges der beteiligten Posten.[1])

Andere Ansichten über die Rechtsnatur der Rangänderung vertreten insbesondere Planck und Kober. Ersterer (Bem. II, 1 zu § 880) bezeichnet sie als eine Belastung des zurücktretenden Rechts zugunsten des vortretenden, so daß sie sie sich (eher) mit der Pfandbestellung vergleichen ließe. Hiergegen ist zunächst einzuwenden, daß das zurücktretende Recht nicht, wie man es doch bei einer derartigen Konstruktion voraussetzen muß, seinen ursprünglichen Rang behält und nur in der Geltendmachung desselben durch das der vortretenden Post eingeräumte, der Belastung entsprechende Recht gehemmt wird, sondern, daß es seinen ursprünglichen Rang verliert und an die Stelle der vortretenden Post zurücktritt. Außerdem läßt sich bei dieser Auffassung keine Erklärung für die Tatsache finden, daß

[1]) Ebenso Fuchs, Bem. 11 zu § 880 BGB. und Biermann, Bem. 3 zu § 880 BGB.

die vortretende Post bei einer rechtsgeschäftlichen Aufhebung der zurücktretenden Post den durch die Rangänderung erlangten Vorrang behält.

Kober (Bem. II zu § 880) sieht in Übereinstimmung mit der von Schöller für das preußische Recht vertretenen Auffassung über das Wesen der Vorrechtseinräumung, in dieser einen Verzicht des zurücktretenden Berechtigten auf seine bevorzugte Stellung zugunsten des vortretenden. Gegen diese Auffassung ist zwar insofern nichts einzuwenden, als durch sie der Verlust des Vorranges der zurücktretenden Post in einfacher und annehmbarer Weise erklärt wird; sie leidet aber wie die von Planck vertretene Ansicht an einem Mangel der Erklärung für die Tatsache des Fortbestehens des von der vortretenden Post erworbenen Vorranges bei einer rechtsgeschäftlichen Aufhebung der zurücktretenden Post. Außerdem wird durch sie auch keine Erklärung dafür gegeben, daß der zurücktretende Berechtigte Befriedigung an der Stelle der vortretenden Post beanspruchen kann.

§ 8.

C. Anhang.
Andere Fälle der Änderung des Ranges eines Hypothekengläubigers.

1. Abgesehen von der dinglichen Rangänderung des § 880 BGB. ist auch eine obligatorische Vorrechts-

einräumung zulässig. Zur Begründung derselben ist nur ein formloser obligatorischer Vertrag zwischen den beteiligten Gläubigern erforderlich. Ihre Wirkung kann sich daher auch bloß auf diese erstrecken, und zwar wird durch eine solche Vorrechtseinräumung der zurücktretende Gläubiger verpflichtet, bei einer Kollision beider Rechte seinen Vorrang zugunsten der vortretenden Post nicht geltend zu machen. Der Eigentümer ist an sie nicht gebunden, so daß er bei Bezahlung der Post des zurücktretenden Gläubigers diese mit dem durch die Eintragung erlangten Vorrange ohne Einschränkung erwirbt, sofern er nicht dem Vertrage zugestimmt hat. Die Wirkung der obligatorischen Vorrechtseinräumung ist ferner stets abhängig von dem Bestande der zurücktretenden Post, so daß jede, auch eine rechtsgeschäftliche, Aufhebung der letzteren die Vorrechtseinräumung hinfällig macht. Dieselbe kommt auch nicht schon bei Feststellung des geringsten Gebots, sondern erst bei der Verteilung des Versteigerungserlöses in Betracht. Ihre Eintragung in das Grundbuch ist unzulässig.[1]) Auch die Sicherung des durch die Vorrechtseinräumung begünstigten Gläubigers durch eine Vormerkung erscheint unstatthaft. Die letztere, die ihrer Natur nach nur eine vorläufige, keine endgültige Eintragung ist, dient, soweit sie hier in Betracht

---

[1]) So auch Biermann, der aber eine dingliche Sicherung des Prioritätszessionars durch Eintragung einer Vormerkung für zulässig erachtet (Bem. 4 zu § 880); ferner Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 880 BGB.

kommt, nur zur Sicherung des Anspruchs auf Änderung des Ranges einer Hypothek, d. h. auf eine gemäß § 880 BGB. vorzunehmende Rangänderung. Ein solcher Anspruch wird aber durch die obligatorische Vorrechtseinräumung nicht begründet; diese trägt vielmehr ihren Zweck in sich selbst und ist auf die Gestattung der Vorweg-Befriedigung selbst gerichtet. Sie ist nicht mit dem obligatorischen Vertrag zu verwechseln, der auf die Verpflichtung zur Vornahme der dinglichen Rangänderung gerichtet ist; nur wenn der auf die obligatorische Vorrechtseinräumung gerichtete Vertrag auch diese Verpflichtung in sich schließt, ist die Eintragung einer Vormerkung statthaft, aber nicht zur Sicherung des Anspruchs des begünstigten Gläubigers aus der obligatorischen Vorrechtseinräumung, sondern zur Sicherung des Anspruchs auf die Rangänderung.

2. Eine Rangänderung oder wenigstens der durch dieselbe verfolgte Zweck, der einer Hypothek zugrunde liegenden Forderung eine bessere Sicherung zu verschaffen, kann auch dadurch erreicht werden, daß die beiden beteiligten Gläubiger ihre Forderungen gegen einander austauschen. Dies ist gemäß § 1180 BGB. zulässig. Erforderlich ist hierzu die Einigung jedes der beiden Gläubiger mit dem Eigentümer und ihre gegenseitige Zustimmung zu dem Wechsel der Forderungen, ferner, wenn eine der Forderungen mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, die Zustimmung dieses Dritten zu dem Eintritt der neuen Forderung an die Stelle der mit seinem Rechte belasteten Forderung, schließlich

die Eintragung in das Grundbuch; eine Einigung der beiden Gläubiger ist dagegen nicht erforderlich. Der Austausch geschieht also in folgender Weise: der voreingetragene Gläubiger A einigt sich mit dem Eigentümer dahin, daß seine Forderung an die Stelle der Forderung treten soll, für welche die Hypothek des nacheingetragenen Gläubigers B besteht, und B stimmt diesem Wechsel zu; umgekehrt einigt sich B mit dem Eigentümer dahin, daß seine Forderung an die Stelle der Forderung tritt, für welche die Hypothek des A besteht, und A stimmt diesem Wechsel zu. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder dem anderen Gläubiger gegenüber zu erklären (§ 1180 BGB.). Ist die Forderung des A mit dem Rechte eines Dritten belastet, so muß dieser dem letzterwähnten Wechsel, ist die Forderung des B mit einem solchen Recht belastet, so muß der Dritte dem ersterwähnten Wechsel zustimmen. Für die Erklärung der Zustimmung gilt dasselbe wie für die Zustimmung der Gläubiger; sie ist dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger der neueintretenden Forderung gegenüber zu erklären (§§ 1180, 876 BGB.). Die Hypotheken bleiben also an ihrer ursprünglichen Stelle bestehen, und ausgetauscht werden nur die persönlichen Forderungen; die letzteren erhalten demnach an Stelle des alten Pfandrechts ein neues. Dem Austausch der Forderungen steht der Umstand nicht entgegen, daß die ursprüngliche Forderung, für welche die Hypothek eingetragen ist, einen niedrigen Zinsfuß hat als die neueintretende, sofern der Zinzfuß der

letzteren die Höhe von 5 vom Hundert nicht übersteigt, da insoweit die Hypothek ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten erweitert werden kann (§ 1119 BGB.). Dagegen darf der Betrag der neueintretenden Forderung nicht größer sein, als der der ursprünglichen.

3. Hierher gehört ferner die im Verkehr nicht selten vorkommende Übernahme der Verpflichtung seitens des Eigentümers bei Bestellung einer neuen Hypothek, alle oder bestimmte vorausgehende Rechte bald zur Löschung zu bringen. Durch eine derartige Vereinbarung erlangt der neue Hypothekar nur einen persönlichen Anspruch gegen den Eigentümer auf Aufhebung der bezeichneten Rechte. Er kann sich aber eine dinglich wirksame Sicherung dieses Anspruchs dadurch verschaffen, daß eine entsprechende Vormerkung in das Grundbuch eingetragen wird (§ 883 ff. BGB.). Dies hindert freilich nicht, daß der Zweck der mit dem Eigentümer getroffenen Abrede, nämlich das Vorrücken der neuen Post, dadurch vereitelt wird, daß einer der vorausgehenden Berechtigten einer anderen Post den Vorrang gemäß § 880 BGB. einräumt, so daß die Löschung seiner Post dem neuen Hypothekar nichts nützt. Hiergegen kann sich der letztere aber wieder, sofern die aufzuhebenden Rechte Hypotheken sind, dadurch schützen, daß er sich vom Eigentümer die Versagung seiner Zustimmung zu der Rangänderung versprechen läßt. Allerdings erlangt er dadurch nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Eigentümer, indessen dürfte auch

hier eine dingliche Sicherung durch Eintragung einer Vormerkung statthaft sein.[1]) Denn der Anspruch des Hypothekars gegen den Eigentümer auf Aufhebung der vorausgehenden Hypotheken, zu dessen Sicherung gemäß § 883 BGB. die Eintragung einer Vormerkung statthaft ist, hat nur dann einen Wert, wenn der berechtigte Gläubiger durch die Aufhebung vorrückt; man wird daher die Vorschrift des § 883 BGB. auch auf das Versprechen des Eigentümers ausdehnen können, die Zustimmung zur Rangänderung zu versagen, da eine solche Ausdehnung dem Wesen der Vormerkung keineswegs widerspricht.

Außerdem ist hier noch auf § 1179 BGB. hinzuweisen, wonach zur Sicherung des Anspruchs auf unmittelbare Löschung einer Hypothek eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden kann, wenn der Eigentümer einem Anderen gegenüber sich zur Löschung der Hypothek verpflichtet, sofern sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Der Unterschied zwischen der hier erwähnten Verpflichtung des Eigentümers und der oben erörterten besteht darin, daß der Eigentümer hier nur auf die Eigentümerhypothek verzichtet, während er in dem vorerwähnten Falle sich zur Aufhebung der Hypothek verpflichtet.

4. Endlich sind noch in diesem Zusammenhange die §§ 118, 128—131 Zw.-Verst.-Ges. zu erwähnen. Nach diesen Vorschriften ist, soweit das Bargebot vom

[1] So auch Staudinger-Kober, Bem. VI zu § 880 und Strecker S. 82.

Ersteher des Grundstücks im Termin nicht berichtigt wird, die Forderung gegen den Ersteher, d. h. der aus der Barzahlungspflicht des Erstehers sich ergebende Anspruch auf Erfüllung auf die Berechtigten zu übertragen und für dieselbe eine Sicherungshypothek an dem Grundstücke mit dem Range des zu erfüllenden Anspruchs einzutragen. Hiernach kann also eine vom Ersteher übernommene Hypothek dadurch eine Rangänderung erleiden, daß für einen ihr vorgehenden Anspruch z. B. auf Ersatz von Ausgaben zur Erhaltung des Grundstücks oder Liedlohn eine Sicherungshypothek gemäß den oben angeführten Bestimmungen eingetragen wird.